

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Commisurazione della pena - Reato continuato

La decisione

Commisurazione della pena - Reato continuato - Commisurazione aumenti reati satellite - Obbligo di motivazione - Sussistenza (c.p., artt. 81, 132, 133).

In sede di commisurazione dei singoli aumenti per i reati satellite, ex art. 81 c.p., il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale di cui agli artt. 132 e 133 c.p., dovrà indicare espressamente l'entità di ogni singolo aumento e i criteri che hanno inciso sulla quantificazione, anche in rapporto alla ritenuta qualificazione giuridica dei diversi fatti unificati dal vincolo della continuazione (Nel caso di specie, la Suprema Corte ha evidenziato come la motivazione consenta la verifica ex post - anche in sede di legittimità attraverso la verifica dei canoni di logicità, coerenza interna e aderenza alle emergenze istruttorie - di tale delicata operazione - la commisurazione della pena - e vada espressa non soltanto in rapporto alla quantificazione della pena per la violazione di legge più grave, posta a base del riconoscimento della continuazione, ma anche in riferimento ai singoli incrementi da apportare per effetto dell'applicazione dell'articolo 81 c.p.).

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 30 aprile 2014 (ud. 18 marzo 2014) - CORTESE, *Presidente* - MAGI, *Relatore* - GALASSO, *P.G.* (conf.) - Russelli, *ricorrente*.

Il commento

Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della "pena continuata"

1. Come sottolineato nella sentenza che si annota, pur concentrandosi, il ricorso, solo sul trattamento sanzionatorio, non si può prescindere da un breve esame della vicenda storica di riferimento. L'imputato, infatti, veniva ritenuto responsabile di un agguato di matrice mafiosa maturato in seno alla *'ndrangheta* del crotonese di cui inizialmente sia l'imputato che la vittima dell'omicidio da questi perpetrato facevano parte. Nell'agguato, però, rimanevano ferite sia la moglie che la figlia di cinque anni della vittima designata, in quanto tutti e tre a bordo dell'auto crivellata di colpi nel momento in cui si erano dovuti fermare per accedere ad un garage munito di apertura elettronica. Allo stesso imputato venivano contestati, inoltre, la detenzione e il porto

delle armi necessarie a realizzare l'agguato mafioso, nonché la ricettazione e l'uso di falsa certificazione amministrativa ovvero di un documento di identità in bianco rubato, utilizzato durante il ricovero ospedaliero al fine di nascondere la propria identità; il ricovero si era reso necessario in quanto la vittima, in un estremo tentativo di salvare se stesso e la sua famiglia, accelerava bruscamente l'autovettura investendo l'imputato che gli si era presentato davanti armato di tutto punto e procurandogli gravi lesioni al ginocchio destro. La vittima nulla poteva, invece, contro gli altri componenti del gruppo degli assalitori che aprirono il fuoco per dare manforte all'imputato.

La Corte di assise d'appello di Catanzaro confermava la penale responsabilità del reo così come accertata dal primo giudice e disponeva rispetto al trattamento sanzionatorio, evidenziando l'unità di contesto che aveva connotato l'azione delittuosa e le parziali ammissioni intervenute da parte dell'imputato, la continuazione tra l'omicidio e gli altri reati (sei mesi per il tentato omicidio della moglie della vittima; tre anni per quello in danno della figlia; sei mesi per i reati relativi al porto d'armi; sei mesi per la ricettazione e il falso) per un totale di quattro anni e sei mesi (a titolo di aumento per la continuazione), ridotto di un terzo per la scelta del rito (abbreviato), addivenendo così alla pena di anni trenta di reclusione (dall'ergastolo senza isolamento diurno).

Dal canto suo, il Procuratore Generale proponeva ricorso avverso tale sentenza adducendo la contraddittorietà delle valutazioni operate dal Giudice dell'appello rispetto alle dichiarazioni parzialmente confessorie dell'imputato, ma soprattutto censurando la profonda diversificazione sanzionatoria concernente i due tentativi di omicidio.

2. La sensazione che accompagna la lettura della sentenza in esame, con cui il ricorso del Procuratore Generale è stato accolto, è che la Corte di cassazione abbia voluto cogliere l'occasione per corroborare alcuni principi di diritto in materia di commisurazione, "in senso lato", della pena. Infatti, prima di soffermarsi sulle censure oggetto di ricorso, la Corte si prodiga nel sottolineare come il tema della commisurazione della pena rappresenti da sempre uno degli "ambiti di maggior frizione tra il principio di stretta legalità e l'esplicazione del potere discrezionale da parte del giudice, nella fase di adeguamento del trattamento sanzionatorio al caso concreto".

Operazione, quest'ultima, resa sempre più difficile dal fatto che il giudice non ha a che fare solo con i massimi e i minimi edittali delle singole previsioni incriminatrici, ma anche con gli istituti processuali di tipo "negoziale" e con la disciplina disposta da altre norme di legge che producono importanti effetti sul piano sanzionatorio (continuazione, valutazione delle circostanze, recidiva,

ecc.).

È opportuno sottolineare come il potere discrezionale del giudice, per definizione normativa riservato al momento commisurativo della sanzione penale, ex artt. 132 e 133 c.p., abbia subito negli ultimi anni un costante e progressivo ampliamento: si pensi, ad esempio, alla reintroduzione con il d.lgs. 14 settembre 1944, n. 288 delle c.d. attenuanti generiche e alle altre riforme in materia di valutazione delle circostanze (1974) e di applicazione delle sanzioni sostitutive (1981), fino alle leggi più o meno recenti di modifica dell'ordinamento penitenziario, tutti provvedimenti con cui sono stati introdotti nel nostro sistema ambiti sempre più estesi di discrezionalità¹. Perciò, si è soliti distinguere tra commisurazione in senso stretto, con cui si indica la fase strettamente disciplinata dalle due norme sopra citate e afferente alla sola determinazione della misura (*quantum*) di pena da scegliere nell'ambito editale tra il minimo e il massimo stabilito per il reato di volta in volta considerato; e commisurazione in senso lato², espressione con cui si indicano, invece, tutti quei momenti di discrezionalità giudiziale diversi da quello ortodosso sopra descritto che possono ravvisarsi sia all'interno che all'esterno del codice penale e per i quali si discute se possa valere come parametro di riferimento l'art. 133 c.p. anche laddove non espressamente richiamato.

In ogni caso, la presenza della normativa codicistica testimonia come l'esercizio della discrezionalità si comporti più come un dovere vincolato, piuttosto che un libero potere, regolato com'è da limiti esterni segnati dai tipi di pena comminati nella norma incriminatrice e dall'ammontare minimo e massimo previsto per ciascuna specie di pena, nonché da limiti interni delineati proprio dalle norme in commento.

¹ Sia consentito rinviare a SARTARELLI, *Continuazione e discrezionalità giudiziale nel patteggiamento: alcune considerazioni di carattere generale*, in *Rass. giur. umbra*, 2006, 257 s.; v. anche SATURNINO, voce *Discrezionalità*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 3 ss.

² Cfr. ROMANO, *Sub artt. 132 e 133 c.p.*, *Comm. sist. C.p. Romano*, Grasso, II, Milano, 1996, 294; KING, *Sub art. 133 c.p.*, in *Comm. C.p. Dolcini, Marinucci*, Milano, I, 2011, 1734. Esempi di commisurazione in senso lato interni al codice penale sono: la scelta della specie di pene nei casi di comminatoria alternativa; l'aumento o la diminuzione anche extraeditale delle pene per la presenza di circostanze aggravanti o attenuanti e il giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee; la sospensione condizionale della pena (oggetto di modifica normativa con la l. 11 giugno 2004, n. 145, sul punto, v. MARTINI, *Una nuova tappa di un viaggio forse senza meta: la legge di riforma della sospensione condizionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1332); il perdono giudiziale; la riabilitazione; le attenuanti generiche e le circostanze indefinite in genere; la recidiva (facoltativa); l'oblazione (art. 162-bis c.p.); la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale; l'applicazione delle misure di sicurezza. Quanto alle ipotesi di commisurazione in senso lato esterne al codice penale si pensi, ad esempio, alla l. 24 novembre 1981, n. 689 e alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi da essa istituite; alle misure alternative alla detenzione, nonché, al microsistema sanzionatorio del giudice di pace (con tutte le sue tecniche di risoluzione alternativa del procedimento penale).

Per la verità, l'art. 132 c.p., nel suo precetto volto ad imporre l'obbligo di motivazione, è stato spesso svilito da una prassi giurisprudenziale che praticamente vi soprassedie, dando ampio spazio all'uso di formule pigre e stereotipate, quali «pena congrua», «pena adeguata», «pena equa» che si esauriscono in un generico e apodittico richiamo ai criteri dell'art. 133 c.p.³

Dal canto suo, la Corte di cassazione e la giurisprudenza più rigorosa affermano la necessità di motivazioni specifiche, considerando, però, sufficiente il richiamo all'elemento o agli elementi che hanno avuto un ruolo determinante nella decisione. Infatti, quando la pena viene applicata nel minimo o in misura prossima ad esso, la Corte, non soltanto ritiene sufficiente l'uso di formule sintetiche, ma addirittura afferma *tout court* il venir meno dello stesso obbligo di motivazione; quando, invece, il giudice, nel quantificare la pena, superi di molto il minimo edittale, allora sarebbe tenuto, secondo la Corte, a motivare esplicitamente sulle ragioni che lo hanno spinto verso tale conclusione.

Insomma, si ritiene che quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più avrà il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale⁴. È appena il caso di notare che la suddetta interpretazione appare del tutto ingiustificata, posto che essa non trova alcun fondamento nella lettera dell'art. 132 c.p.

Anche l'art. 133 c.p., dal canto suo, è stato al centro di numerose e appro-

³ Cfr. KING, *Sub art. 132 c.p.*, in *Comm. C.p. Dolcini, Marinucci*, Milano, I, 2011, 1715; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2004, 403. Gli AA. sottolineano come il codice del '30 abbia inteso configurare la discrezionalità nella commisurazione della pena come realizzazione nel caso concreto dei giudizi di valore già espressi dalla legge, dettando direttive per il giudice e tentando di assoggettare le sue scelte ad un controllo di legittimità. In questa logica, la fattispecie penale andrebbe intesa come una scala continua di sottofattispecie, all'interno della quale il giudice deve collocare il caso concreto; nell'ambito della cornice edittale di pena, punto di partenza per la commisurazione dovrebbe essere il "medio edittale", dal quale discostarsi solo in quanto la fattispecie concreta presenti particolari connotazioni, positive o negative. La giurisprudenza, invece, appare in generale propensa ad applicare la pena nel minimo, o in misura prossima al minimo. Dal canto suo, ricordano gli AA., la Cassazione ravvisa nel potere discrezionale del giudice nella fase commisurativa «un apprezzamento di fatto non censurabile in sede di legittimità», ovvero un potere «insindacabile», o ancora il risultato più che di un processo logico, di «una intuizione derivante da una valutazione globale dei fatti accertati e della personalità del reo (...) per cui siffatta valutazione è incensurabile in Cassazione se è congruamente e logicamente motivata». Per un esame della disciplina codicistica in tema di discrezionalità v. anche: BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., 178 ss.; DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369 s.; NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXII, Milano, 1982, 803; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 491 ss. Sui limiti della discrezionalità e sul suo "ambito ragionevole", BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 13 ss. e 115 ss.; DWORKIN, *Il modello delle regole (I) e (II)*, in *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 102 ss. e 154 ss.; HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, a cura di Ceppa, Torino, 1992, 5 ss. e 43 ss. Con riferimento al giudizio prognostico in tema di sospensione condizionale della pena v. MARINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001, 206.

⁴ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, cit., 404.

fondite dispute dottrinali che hanno tentato di stabilirne la portata e di focalizzarne i *deficit*, soprattutto funzionali. Se, infatti, per un verso, la norma si presenta estremamente esaustiva sul piano dell'elencazione dei criteri fattuali di commisurazione suddivisi all'interno delle categorie generali della «gravità del reato» e della «capacità a delinquere»; per altro verso, essa risulta tacere completamente in punto di criteri finalistici, di fini della pena nella fase dell'irrogazione⁵.

Tanto appare esaustiva questa elencazione da essere ritenuta «onnicompren-

⁵ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, cit., 405. Secondo il disposto dell'art. 133, co. 1, c.p., ai fini della commisurazione della pena, in primo luogo, il giudice dovrà tener conto della gravità del reato, non intesa in astratto ma con riguardo al singolo episodio concreto sussumibile sotto quella figura, desunta dalle più disparate «modalità dell'azione», di cui il giudice dovrà valutare la pericolosità e la riprovevolezza in relazione alla gamma di condotte riconducibili alla norma incriminatrice; dalla «gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato» con esclusivo riguardo alla gravità dell'offesa prodotta al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice; dall'«intensità del dolo» (valutata considerando il grado di complessità della deliberazione che ha portato alla condotta illecita, il ruolo che la rappresentazione dell'evento ha avuto nella determinazione ad agire od ad omettere e la consapevolezza dell'agente dell'antigiuridicità e/o antisocialità del fatto) e dal «grado della colpa» il cui esame verterà sulla misura in cui il soggetto si è discostato dal modello di comportamento richiesto in generale dall'ordinamento per quel determinato tipo di attività, tenendo conto altresì delle eventuali caratteristiche individuali che valgano ad indiziare nell'agente particolari capacità rispetto ad un soggetto medio nel prevedere o prevenire eventi del tipo verificatosi. Infine, la giurisprudenza correttamente inserisce nella valutazione della colpa anche l'eventuale concorso di colpa della vittima. Al co. 2, l'art. 133 c.p. richiede che il giudice tenga conto anche della capacità a delinquere del colpevole da valutarsi attraverso l'esame dei «motivi a delinquere» analizzati sul piano dell'intensità, dell'idoneità a permanere nel tempo, nonché del valore etico-sociale; della, alquanto problematica, considerazione complessiva della personalità dell'agente («carattere del reo»); dei fattori socio-ambientali di criminogenesi (le «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo»); della «vita del reo antecedente al reato» e soprattutto dei «precedenti penali e giudiziari»; nonché, dalle «condotte susseguenti al reato» che di fatto si concentrano sul comportamento processuale dell'imputato, a meno che esso si risolva in una espressione del diritto dell'imputato alla difesa costituzionalmente garantita (art. 24 Cost.) e della «condotta contemporanea al reato» che da rilievo ad ogni comportamento, diverso dalla condotta tipica, tenuto dal soggetto fra l'inizio dell'esecuzione e la consumazione del reato, o anche, nei reati permanenti, durante il c.d. periodo consumativo. Il concetto di capacità a delinquere è stato al centro di un ampio dibattito, poiché, secondo alcuni, essa si proietterebbe nel passato, esprimendo cioè l'attitudine del soggetto al fatto commesso, ovvero il grado di rispondenza dell'episodio criminoso alla personalità dell'agente; secondo altri, tale concetto si proietterebbe nel futuro, esprimendo l'attitudine del soggetto a commettere nuovi reati. La soluzione di questa disputa passa necessariamente attraverso un'interpretazione secondo Costituzione della disciplina codicistica della commisurazione della pena. In questo senso, il giudizio di capacità a delinquere si proietta nel futuro, e quindi tutti gli indici legislativi elencati nel co. 2 dell'art. 133 c.p. devono essere utilizzati dal giudice ai fini di una prognosi sui futuri comportamenti dell'agente. V. anche: ROMANO, *Sub art. 133 c.p.*, cit., 304. L'A. sottolinea come sia proprio la capacità a delinquere ed i fattori in essa richiamati a testimoniare l'avvenuto compromesso tra la Scuola classica e la Scuola positiva, realizzato coerentemente anche nell'art. 133 con l'accoglimento dell'istanza retributivo proporzionalistica nel comma 1° e di quella special preventiva, appunto, nel co. 2. Per una serrata critica alla disciplina di cui all'art. 133 c.p., v.: MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 267 ss.

siva»⁶, essendo ivi previsto ogni possibile elemento suscettibile di influire sulla graduazione (scelta) della pena da applicare per la commissione, però, di un solo reato. Pertanto, quando l'art. 133 c.p. viene raccordato ad istituti che presuppongono più reati o la commissione di un fatto non preveduto come reato, necessariamente la prospettiva nella quale vanno considerati i suoi elementi muta, così come la sfera di valutazione può arricchirsi di nuovi dati⁷. La critica più spesso mossa all'art. 133 c.p. si è appuntata sul già evidenziato vuoto di fini; vuoto che, tuttavia, si ritiene colmabile attraverso un'interpretazione evolutiva di detta norma, che tenga conto delle indicazioni promananti dal testo costituzionale (la finalità rieducativa della pena, ex art. 27, co. 3, Cost.).

Tutto ciò sembra essere molto chiaro nelle motivazioni della sentenza che si annota, che, infatti, ancora una volta, prima di giungere alla disamina delle censure poste dal ricorso, ribadisce come la discrezionalità giudiziale in sede

⁶ Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 79. L'A. precisa come l'«omnicomprensività» non escluda una potenziale delimitazione delle clausole generali di cui all'art. 133 c.p. tramite il riferimento a principi costituzionali, i quali possono fungere da limite cui il legislatore subordina l'attribuzione di un potere discrezionale. Vi sono AA. che hanno da tempo sottolineato l'irrelevanza della polemica tra valore tassativo ed esemplificativo dell'elencazione, data l'ampiezza dell'art. 133 c.p. che consente di comprendere ogni fonte, fra gli altri v.: MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 55 ss. Per approfondimenti v. anche: DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, 178; ID., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 369; ID., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARI-NUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 261 ss.

⁷ Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, Nozione ed aspetti costituzionali*, cit., 29, 88 ss. L'insigne A. fa l'esempio proprio dell'aumento fino al triplo per la continuazione (art. 81, co. 2, c.p.): in tal caso, la valutazione ex art. 133 c.p. è diversamente caratterizzata dalla presenza di più reati e si estende a ricomprendere anche l'intensità del disegno criminoso unitario e l'intervallo di tempo intercorrente tra diversi reati. Esempio del secondo aspetto si riscontra nella valutazione della pericolosità di cui agli artt. 49 e 115 c.p. (quasi reato), ove l'aggancio ai dati dell'art. 133 c.p. subisce il condizionamento imposto dalla peculiarità del presupposto. Tutto ciò dimostrerebbe la relatività del collegamento con l'art. 133 c.p. determinata dalla stessa natura dei vari istituti costruiti in forma discrezionale. Cfr. anche: ROMANO, *Sub art. 133 c.p.*, cit., 310. L'A. riferisce circa l'elaborazione di due modelli alternativi di commisurazione della pena: il primo negherebbe qualsiasi rilievo alla prevenzione generale, assegnando un ampio spazio alla prevenzione speciale «positiva» risocializzatrice, con il quale, però, non si concorda perché origina un modello commisurativo strutturato in termini «ascendenti», nel senso che pone la colpevolezza come limite della concreta misura di pena, facendo dipendere tale concreta misura dal concreto bisogno di risocializzazione; ciò comporta che in assenza di bisogno di risocializzazione del reo il minimo edittale del reato considerato diventi comunque rappresentativo della prevenzione generale. Il secondo modello alternativo di commisurazione della pena proposto dalla teoria gradualista preclude ogni spazio sia alla prevenzione generale che alla prevenzione speciale nella determinazione del *quantum* di pena, confinando l'operatività delle istanze preventive soltanto nella successiva fase della commisurazione della pena in senso lato. Di questo modello, appare problematica proprio la totale chiusura alla prevenzione speciale positiva della risocializzazione nella fase commisurativa in senso stretto, laddove, invece, già in questa fase uno spazio alla special prevenzione sembra ammissibile, in termini, non tanto di risocializzazione del reo, bensì quanto meno di una sua «non desocializzazione».

di commisurazione della pena, indubbiamente necessaria allo scopo di individualizzare la risposta sanzionatoria, sia però una «discrezionalità “guidata” (art. 132 c.p.) attraverso l’obbligatoria indicazione dei motivi, da rapportarsi ai parametri alla cui stregua detto potere è esercitabile (art. 133 c.p.)»; obbligo di motivazione che non può certo «ritenersi assolto attraverso un generico richiamo ai criteri di cui all’art. 133 c.p. non accompagnato da una effettiva spiegazione dell’incidenza di tali criteri nel caso concreto».

3. Dall’affermazione di un imprescindibile obbligo di motivazione, alla necessità che questo sia assolto anche nella determinazione della pena per il reato continuato il passo è breve.

Anzi, di più. Tale obbligo non potrà ritenersi esaurito nell’esplicazione delle motivazioni che hanno sorretto la scelta relativa alla sola determinazione della violazione più grave, ma dovrà investire anche l’incidenza quantitativa di ogni reato satellite, poiché, «pur nell’ambito di un istituto di certo improntato al *favor rei* e teso a dilatare i poteri discrezionali del giudicante, non può certo prescindere dalla considerazione della tipizzata gravità dei singoli fatti posti in continuazione, ferma restando la possibilità di valorizzare – con adeguato supporto espressivo – uno o più indicatori previsti dall’art. 133 c.p. in sede di concreta quantificazione della pena del reato continuato».

Come dire: nella determinazione della pena per il reato continuato, seppur nella libertà di scelta del giudicante dei criteri a cui rifarsi, ex art. 133 c.p., egli dovrà sempre, espressamente, motivare sia la quantificazione della pena principale che quella dei reati minori⁸.

Ed è solo dopo aver chiarito, o meglio, ribadito, tutto questo che la sentenza in epigrafe giunge finalmente ad occuparsi dei motivi del ricorso, stigmatizzando proprio l’«insufficienza espressiva e sostanziale apparenza di motivazione in rapporto a quanto previsto dall’art. 132 c.p.».

Si rileva, in particolare, come le operazioni di calcolo risultino fondate su due dati piuttosto discutibili, da una parte, l’unità di contesto dell’azione criminosa, comprensiva, invece, anche delle condotte di ricettazione e uso di documento falso poste in essere in un momento successivo e ad uno scopo diverso (conseguire l’impunità) rispetto a quello che aveva contrassegnato l’azione delittuosa principale; dall’altra, la contraddittoria valutazione attribuita alle

⁸ *Contra*, Cass., Sez. II, 15 aprile 2014, n. 16344, inedita, secondo cui non sussisterebbe l’obbligo di specifica motivazione per gli aumenti di pena a titolo di continuazione, valendo a questi fini le ragioni a sostegno della quantificazione della pena-base; Id., Sez. IV, 28 aprile 2014, n. 17809, inedita, ai sensi della quale la dosimetria della pena, se effettuata nel rispetto dei parametri valutativi di cui all’art. 133 c.p., è censurabile in Cassazione solo quando sia frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico.

dichiarazioni confessorie dell'imputato, apprezzate come elemento favorevole per la quantificazione del trattamento sanzionatorio, seppure poco prima giudicate probabilmente strumentali e comunque, senza alcuna indicazione espressa dei parametri di cui all'art. 133 c.p.

Un ulteriore e decisivo errore di diritto, viene, infine, rinvenuto in merito alla quantificazione dell'aumento per la continuazione rispetto ai due tentativi di omicidio che parrebbe atteggiarsi più come un'*aberratio ictus* plurilesiva (art. 82, co. 2, c.p.), la cui sussistenza era stata, però, negata dalla Corte d'Appello, che non come due ipotesi qualificate giuridicamente, appunto, in termini di delitto tentato, sebbene nell'ambito del reato continuato.

Quanto sin qui evidenziato del *modus* argomentativo della sentenza avvalorava la iniziale sensazione avutane a prima lettura e cioè che essa "approfitti" del caso concreto per l'affermazione di alcuni importanti principi di diritto in materia di commisurazione della pena, con particolare riguardo al reato continuato.

4. Di contro, va rilevato, invece, come la Corte di cassazione, nella sentenza in esame, non colga l'occasione, per pronunciarsi sull'annosa questione concernente la determinazione della violazione più grave, ex art. 81 c.p., la cui pena, secondo il criterio del cumulo giuridico è suscettibile di essere aumentata fino al triplo (purché non si superi la pena che sarebbe applicabile in base alle norme che regolano il cumulo materiale).

Detta individuazione, prima della riforma del 1974, non aveva particolare importanza, poiché il reato continuato era riconosciuto solo tra violazioni omogenee, e quindi la continuazione tra violazioni di diversa gravità riguardava sostanzialmente i casi di concorso tra forma consumata e tentata, o tra forma aggravata e semplice, dello stesso titolo di reato. La giurisprudenza prevalente aveva conseguentemente ritenuto che la violazione più grave dovesse essere determinata "in astratto", sulla base delle pene edittali previste per le singole violazioni consumate o tentate e, solo nell'ipotesi di parità delle medesime, in base al numero di circostanze aggravanti o attenuanti⁹. L'estensione del reato continuato al concorso di violazioni eterogenee ha fatto sorgere, tanto in dottrina che in giurisprudenza, un contrasto tra opposti indirizzi interpretativi a tutt'oggi irrisolto.

Una parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria anche recente hanno continuato ad affermare che la violazione più grave debba essere determinata "in astratto", in ragione della natura del reato (di guisa che i delitti do-

⁹ GUALTIERI, Sub art. 81 B) c.p., in *Comm. C.p. Dolcini, Marinucci*, Milano, I, 2011, 1335-1337.

vanno essere ritenuti sempre più gravi delle contravvenzioni, in quanto la loro suddivisione corrisponderebbe ad una valutazione legislativa di maggiore o minore gravità dell'illecito), nonché del massimo della pena edittale prevista e, solo nel caso di parità dei massimi edittali, del maggior minimo¹⁰.

A sostegno di questa tesi, si invoca la necessità di non allargare eccessivamente i poteri discrezionali del giudice a discapito della certezza del diritto con il rischio di stravolgimenti nella valutazione legislativa sulla gravità della violazione, espressa appunto dai minimi e massimi edittali e dalla specie della pena minacciata¹¹.

Al contrario, altra dottrina e parte della giurisprudenza hanno ritenuto che, ai fini della determinazione della violazione più grave, si debba fare riferimento alla pena "in concreto" irrogabile per ciascuna violazione, valutati tutti gli indici dell'art. 133 c.p. e le circostanze¹². Questa impostazione, oltre a consentire al giudice di valutare globalmente l'episodio criminoso pervenendo ad una maggiore individualizzazione della sanzione penale (in modo da soddisfare lo scopo in vista del quale, qui come altrove, al giudice viene attribuito il potere discrezionale ovvero per individualizzare la pena, adeguandola al reato e alla personalità del reo), riflette lo spirito della riforma del 1974 che, eliminando il requisito dell'omogeneità delle violazioni, ha certamente inteso ampliare i margini della discrezionalità del giudice, disancorandoli dai vincoli formali, e permette di evitare le incertezze in ordine agli elementi rilevanti e le conseguenze paradossali che derivano dall'applicazione di criteri astratti (come ad esempio, nel caso dell'agente, il quale, dopo aver commesso una pluralità di contravvenzioni punite con l'arresto, commetta poi un delitto punito solo con la sanzione pecuniaria, che finirebbe per essere punito meno gravemente di chi abbia commesso solo le contravvenzioni)¹³.

¹⁰ GUALTIERI, Sub art. 81 B) c.p., cit., 1335-1337. In dottrina, per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1995, 607; in giurisprudenza: Cass., Sez. un., 26 novembre 1997, V., in *Cass. pen.*, 1998, 1599; Id., 12 ottobre 1993, C., *ivi*, 1994, 1186; Id., 27 marzo 1992, C., *ivi*, 1992, 2046; Cass., Sez. I, 10 giugno 2004, in *Mass. Uff.*, n. 229007; Cass., Sez. un., 14 aprile 2014, n. 16208, inedita; Id., Sez. un., 13 giugno 2013, n. 25939, P.G. in proc. Ciabotti e altro, in *Mass. Uff.*, n. 255348 e in *Dir. e giust.*, 2013, 779, con nota di CAPITANI, *È «violazione più grave» il reato punito con la pena edittale massima maggiore*.

¹¹ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2001, 519. Per approfondimenti sul reato continuato in generale, v. BRUNELLI, voce *Reato continuato*, in *Diz. dir. pubb.*, V, diretto da Cassese, Milano, 2006, 4926 ss., e bibliografia *ivi* citata.

¹² MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 519. A favore di questa impostazione, militerebbe, secondo l'A., anche l'uso legislativo del termine «violazione» (e non già di reato) più grave, che appare riferirsi alla realizzazione della fattispecie criminosa.

¹³ GUALTIERI, Sub art. 81 b) c.p., cit., 1337. La tesi prospettata nel testo troverebbe una conferma anche nell'art. 187 disp. att. c.p.p., specialmente se letto nell'ottica della motivazione che ha indotto il legislatore a prevedere l'applicazione della continuazione in sede esecutiva: sembrerebbe infatti piuttosto

Sempre in armonia con lo spirito della riforma del 1974, va anche valutato il problema relativo all'applicabilità del cumulo giuridico alle pene eterogenee, eterogeneità che raggiunge la sua massima espressione proprio nel concorso tra delitti e contravvenzioni, la cui eventuale esclusione dalla continuazione introdurrebbe una irrazionale discriminazione, qual è appunto l'ammettere il cumulo giuridico nell'ipotesi, più grave, di concorso di delitti punibili con la reclusione ed il cumulo materiale nell'ipotesi meno grave, di concorso tra delitto e contravvenzione o tra reato punito con pena detentiva e reato punito con pena pecuniaria. Né può accogliersi, d'altronde, la tesi che, muovendo da un'interpretazione puramente letterale della formula legislativa, ammetta il cumulo giuridico, imponendo, però, l'aumento quantitativo della pena più grave (ad esempio, sulla base del ragguaglio *ex art. 135 c.p.*, della reclusione per i reati continuati, puniti con la sola ammenda). Soluzione, questa, in palese contrasto, come già detto, con la finalità *in bonam partem* della riforma, nonché con lo stesso art. 81, co. 3, c.p. e, quindi, col principio di legalità, comportando essa l'irrogazione di una pena diversa da quella prevista per gli

strano che una normativa introdotta allo scopo di evitare che la celebrazione di più processi per violazioni unificate dalla continuazione produca effetti sul piano sanzionatorio, finisca invece per perpetuare una differenza di trattamento, prevedendo criteri di determinazione della pena diversi tra la fase di cognizione e quella esecutiva. V. anche: ROMANO, *Sub art. 81 c.p.*, in *Comm. sist. C.p.*, Milano, 1995, 713; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, 365; in giurisprudenza: Cass., Sez. I, 13 gennaio 1997, M., in *Cass. pen.*, 1998, 822; Id., 25 giugno 1993, A., in *Riv. pen.*, 1994, 278; Id., Sez. II, 8 luglio 1992, S., in *Giust. pen.*, 1993, II, 236; Id., Sez. un., 19 giugno 1982, A., in *Cass. pen. Mass.*, 1983, 261; per il particolare collegamento con l'art. 133 c.p. e il relativo potere discrezionale del giudice, BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, in *Tommaso Natale*, 1975, 164 ss.; MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, 1099; RAMPIONI, *Sulla determinazione della pena nel reato continuato*, nota a Cass., Sez. I, 26 maggio 1976, Di L., in *Cass. pen.*, 1978, 1020 ss. Secondo l'A., per individuare il reato più grave possono essere computate solo quelle circostanze che si siano realizzate nel singolo episodio criminoso di volta in volta sottoposto alla valutazione di gravità. Questa valutazione individualizzata episodio per episodio dimostra, infatti, la considerazione che il giudice, nel motivare la sentenza, dovrebbe specificare quale sia la pena in concreto per ogni fatto criminoso della serie, determinata tenendo conto dei parametri di cui all'art. 133 c.p. e del gioco di eventuali circostanze. L'unificazione in un "tutto" di tale serie ha luogo solo successivamente a questa valutazione individualizzante, quando, stabilita quale sia la violazione più grave, se ne aumenta la pena in seguito ad una stima ponderata della gravità delle restanti violazioni. In sostanza, per determinare la pena in concreto per il reato continuato, il giudice deve seguire un procedimento che si articola in tre fasi: nella prima, egli vaglia ogni singolo episodio criminoso, individualmente considerato, stabilendone la pena - base secondo i parametri indicati dall'art. 133 c.p.; pena-base che dovrà essere aumentata o diminuita, secondo le regole di cui agli artt. 63 e ss. c.p., se in quell'episodio ricorrono circostanze. Nella seconda fase, il giudice, operando una analisi comparativa di tutti gli episodi che compongono la serie, determina quale di essi sia da considerare il più grave; nella terza fase, infine, aumenterà la pena dell'episodio prescelto, eventualmente fino al triplo, a seguito di una ponderata valutazione globale della gravità dei restanti episodi criminosi legati fra loro dal vincolo della continuazione. In questo senso, sulla valutazione in concreto delle circostanze v.: Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2002, B., in *Cass. pen.*, 2004, 128.

altri reati continuati¹⁴.

Deve, pertanto, ritenersi possibile irrogare, oltre ed accanto alla pena della violazione più grave, una pena distinta di diversa specie, corrispondente ai termini di aumento della prima e comunque entro i limiti dell'art. 81, co. 1 e 3, c.p., mediante un ragguglio tra le diverse pene (ad esempio, anche nel caso di pene di genere diverso si potrà avere un aumento di due mesi della pena-base detentiva, poi, convertito, ex art. 135 c.p., nella corrispettiva somma di multa o di ammenda)¹⁵.

Come si diceva, però, su questa complessa problematica la sentenza in esame non si pronuncia. Né si pronuncia espressamente in relazione alle modalità di calcolo da osservare nell'aumento di pena: l'impostazione giurisprudenziale maggioritaria, infatti, aderisce al criterio della "pena unica progressiva" o aumento "per moltiplicazione", secondo cui, i reati satelliti perdono la loro autonomia e il loro trattamento sanzionatorio confluisce nella pena unica applicata per i diversi fatti in concorso.

Dunque, la sanzione comminata per i reati satellite finirebbe per trasformarsi in una porzione dell'aumento di pena irrogato per il reato più grave, anche alla luce dei criteri di ragguglio di cui all'art. 135 c.p., se si tratta di pene di genere diverso¹⁶.

Tale criterio, però, è suscettibile di porsi in contrasto con il *favor rei* che connota l'istituto della continuazione, in quanto l'aumento di pena così determinato potrebbe comportare la conversione della pena pecuniaria prevista per il

¹⁴ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 520. V. anche, in generale, CONZ, *Riflessioni "sistematiche" ed ipotesi applicativa del reato continuato*, in *Cass. pen.*, 2009, 2416 ss.; ID., *Sulla determinazione della pena nel reato continuato. Rilievi critici alla teoria della individuazione della violazione più grave "in astratto"*, in *Cass. pen.*, 2014, 477 ss.

¹⁵ ROMANO, *Sub art. 81 c.p.*, cit., 715; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 520; sono per l'accoglimento del c.d. criterio dell'aumento-addizione anche COPPI, voce *Reato continuato*, in *Dig. Pen.*, XI, 1996, 231; più in generale v. anche, ID., *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969; MORSELLI, *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 181; GUALTIERI, *Sub art. 81 b) c.p.*, cit., 1339 ss. Per un quadro dettagliato dei vari orientamenti concernenti l'ammissibilità della continuazione nel caso di reati puniti con pene di genere diverso v. NAPPI, *Reato continuato e pene diverse nel genere*, in *Cass. pen.*, 1986, 62 ss. Per il caso, invece, di reati puniti con pene di specie diversa, si è pronunciata la stessa Corte costituzionale (n. 312 del 1988, in *Cass. pen.*, 1988, 1581 con nota di NAPPI, *Il nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*), ritenendo configurabile la continuazione. La Corte, infatti, ha ritenuto non sussistente la violazione del principio di legalità delle pene in base alla considerazione che è pena legale, non già soltanto quella prevista dalla singola norma incriminatrice, ma anche quella «risultante dalla applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio; perciò la pena unica progressiva, applicata come cumulo giuridico ex art. 81 c.p., è pena legale essa pure perché preveduta dalla legge», v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 609.

¹⁶ MARTUFI, *Criteri per determinare la violazione più grave nel reato continuato: scelta la strada della conservazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1296 ss., 1304.

reato satellite in pena detentiva, incidendo più pesantemente sulla libertà personale. Questo non accadrebbe, invece, intendendo l'aumento di pena per il cumulo giuridico come una "operazione di addizione" delle sanzioni previste per i diversi reati in concorso. Infatti, il termine "aumento di pena" potrebbe essere agevolmente inteso anche come riferimento a un'addizione tra le sanzioni previste per le violazioni minori e la pena da irrogare per il reato più grave, così garantendo un maggiore rispetto della tipologia delle pene che il legislatore ha ritenuto di ricollegare ai singoli reati¹⁷.

Orbene, come detto, nella sentenza esaminata la Corte di cassazione non si pronuncia espressamente al riguardo, tuttavia l'insistenza con cui si sottolinea l'obbligo per il giudice di indicare/motivare le singole frazioni di pena relative ai reati avvinti dal nesso di continuazione potrebbe, implicitamente, deporre nel senso della scelta del criterio "addizionale", operazione che consentirebbe di separare la sanzione complessiva in frazioni di pena diverse per genere o specie, evitando un'illegittima e sfavorevole confluenza di pene meno afflittive all'interno della pena unica irrogata per la continuazione¹⁸.

STEFANIA SARTARELLI

¹⁷ MARTUFI, *Criteri per determinare la violazione più grave nel reato continuato: scelta la strada della conservazione*, cit., 1304.

¹⁸ MARTUFI, *Criteri per determinare la violazione più grave nel reato continuato: scelta la strada della conservazione*, cit., 1305; nel senso che il calcolo dell'aumento di pena per la continuazione deve essere effettuato in modo distinto per i singoli reati satellite e non unitariamente, v. Cass., Sez. III, 11 aprile 2014, n. 16029, inedita. Secondo Cass., Sez. IV, 9 maggio 2014, n. 19267, inedita, una volta individuata la violazione più grave, i reati meno gravi perdono la loro autonomia sanzionatoria e il relativo trattamento sanzionatorio confluisce nella pena unica irrogata per tutti i reati concorrenti; non sembra possa dubitarsi, però, che ai fini della determinazione della complessiva pena unica irroganda, sia pure con il meccanismo descritto, resta comunque necessaria, ai sensi dell'art. 133 c.p., la ponderazione della gravità non unicamente del reato base, ma anche degli altri reati unificati dal vincolo della continuazione. La tematica accennata nel testo coinvolge anche il profilo concernente la struttura unitaria o pluralistica del reato continuato, su questo ed altri aspetti sia consentito rinviare a SARTARELLI, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012, 171-179.