DIRITTO PENALE II

Lunedì 18 febbraio

FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

Abbiamo fatto cenno a questo argomento per dire che le forme di manifestazione del reato fanno anch'esse parte dell'inquadramento generale del diritto penale, della parte generale e presentano delle caratteristiche particolari, nel senso che noi abbiamo studiato il reato, in precedenza, per quella che è la sua fenomenologia di base (fatto tipico ecc..), tutto ciò che riguarda l'essenza del reato, ma questo può presentarsi in forme peculiari, in particolare sotto 4 forme differenti: due di esse hanno certe caratteristiche, altre due sono ancora più caratterizzate.

Ossia può darsi che il reato venga accompagnato da elementi che non incidono sulla sua struttura, ma che lo circondano, il reato può essere circondato da elementi accessori, che non sono essenziali per la sua esistenza che si chiamano **circostanze del reato**, ma che intervengono con effetti sul medesimo, perché aggravano o attenuano la responsabilità penale, ossia la pena, oppure possono essere elementi che costituiscono a loro volta un reato, si avrà in questo caso il fenomeno del **concorso di reati** (più reati commessi da uno stesso soggetto), i singoli reati non vengono toccati nella loro struttura, ma si presentano in forma plurima, questo comporta delle conseguenze di non poco conto, la pena sarà più grave e, talvolta, comportano dei meccanismi di cumulo della pena che sono bisognosi di particolari valutazioni, per esempio, il cumulo giuridico che si ha quando non si sommano le pene dei reati, ma si applica la pena più grave aumentandola per una certa quota rispetto agli altri reati meno gravi, quindi l'aspetto sanzionatorio subisce delle conseguenze rilevanti, ciò non toglie che il reato rimanga sempre nella sua struttura.

Le altre due forme, invece, che presentano particolare interesse e particolari problemi sono caratterizzate da una metamorfosi nella struttura della fattispecie, la prima è il **tentativo**, si ha quando il soggetto non commette un reato, ma tenta di commetterlo (tentativo di omicidio, tentativo di furto, cerca di rubare una cosa, ma non ci riesce), art. 56 c.p. In questi casi l'ordinamento ammette la punibilità perché si tratta di comportamenti che pongono in pericolo gli interessi tutelati, ma la fattispecie cambia, è una fattispecie autonoma, caratterizzato da dei comportamenti descritti dalla legge dell'art. 56, che non sono giunti a consumazione, fattispecie a cui manca un risultato.

L'ultimo argomento è il più complesso e affascinante, cioè il **concorso di persone di reato**, a differenza del concorso di reato dove vi è un soggetto che commette più reato, qui vi sono più soggetti che concorrono in un reato o anche più reati, il reato è commesso in cooperazione (uno istiga, l'altro elabora le strategie, un altro fa da automobilista ecc.) Oggi la criminalità è spesso associata (criminalità cooperativa), anche qui la fattispecie non è più la stessa del reato individuale, poiché vanno puniti più soggetti.

Questa condotta si inquadra in una fattispecie punibile anche se non è quella del reato base. Come vediamo la dinamica del comportamento punibile corrisponde ad un modello che non è più quello del reato puramente soggettivo, perché non eseguo il reato, ma magari coopero nel reato stesso e quindi la mia figura di partecipazione non è quella del reato mono-soggettivo.

Quindi quattro forme di manifestazione -> circostanze del reato, concorso di reato, tentativo, concorso di persone nel reato.

CIRCOSTANZE DEL REATO

Es: Se apriamo un giornale ci troviamo di fronte a delle cronache giudiziarie nelle quali si parla del fatto che al soggetto gli hanno detto le attenuanti, gli hanno tolto la circostanza della premeditazione ecc.. quando leggiamo tutte queste espressioni, abbiamo a che fare con le circostanze del reato che costituiscono oggetto di una dialettica molto forte tra accusa e difesa del processo penale che ha un ruolo non solo sulla pena, ma anche su altri effetti tutt'altro che rilevanti.

Andremo ad analizzare: la funzione delle circostanze, i rapporti tra le circostanze ed il reato base e gli effetti delle circostanze.

La funzione delle circostanze: il ruolo delle circostanze è quello di avvicinare il più possibile la fattispecie astratta alle dinamiche concrete di realizzazione del reato, di fronte al fatto che in un certo numero di casi, il reato è realizzato in presenza di certi fattori che lo hanno accompagnato. Si tratta di un fenomeno frequente e particolarmente significativo dal punto di vista del valore, o meglio del disvalore più o meno grave che questi fattori comportano, il legislatore decide di configurare delle circostanze. Per esempio, art. 61, "*circostanze aggravanti comuni*" l'aver commesso il fatto per commettere un altro reato (commetto un omicidio per commettere un furto), oppure, l'aver agito con sevizi e crudeltà verso le persone. (con comportamenti particolarmente ferrati). Nell'art. 62, "circostanza attenuante" invece si parla di attenuanti, ovvero aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (ho agito provocando un danno patrimoniale lieve o ho agito per provocazione, che è differente dalla legittima difesa, in cui io agisco per evitare l'offesa perché l'ordinamento non fa in tempo ad intervenire, invece, non posso, dopo aver subito un'offesa andarmi a vendicare perché questo l'ordinamento non lo ammette).

Le circostanze cercano di avvicinare la previsione astratta alle dinamiche concrete che rendono questo fatto, caratterizzato da queste dinamiche, vuoi più grave, vuoi più attenuate.

Rapporti tra le circostanze e i reati base: Le circostanze sono accessorie rispetto al reato perché non sono essenziali, se tolgo la circostanze il reato base rimane quello che era, sarà meno o più grave a seconda de casi, ma i suoi elementi rimangono immutati, allora questo significa che le circostanze non possono non presentarsi, rispetto al reato base, in un *rapporto di specialità*, cioè sono degli elementi che specializzano il reato base ed in quanto tali lo lasciano sussistere, in sostanza, un reato commesso per motivi di particolare valore sociale o morale, è speciale rispetto ad un reato commesso

senza tali motivi sociali.
Un reato commesso per commetterne un altro è più grave che commetterlo senza la finalità di commetterne un altro. Però se noi togliamo l'elemento circostanziale rimane il reato base. E non può non esserlo. Perché se la circostanza non fosse speciale, significherebbe che il suo intervento non si limita ad aggiungersi al reato base, ad apportare un elemento aggiuntivo, ma si traduce in un elemento sostitutivo e si capisce bene che non può essere una circostanza perché se lo tolgo il reato base cambia.
Es: rapporto tra gli artt. 610-611 c.p.
L'art. 610 c.p.: punisce il delitto di violenza privata che si ha quando il soggetto con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni.
L'art. 611 c.p., a sua volta, punisce l'attività consistente nell'usare questi mezzi coercitivi (violenza o minaccia) al fine di costringere il soggetto a commettere un reato.
Questi mezzi non sono volti a qualsiasi cosa possibile diversa da quella che il soggetto voleva fare, ma sono rivolti a fargli commettere un reato. Qual è il rapporto tra queste due fattispecie? l'art. 611 è punito più gravemente rispetto all'art. 610. La violenza privata prevede la reclusione fino a 4 anni, l'altra fino a 5 anni. Si potrebbe dire che l'art. 611 è una circostanza? No, non è possibile dirlo perché il 611 è vero che specifica l'oggetto dell'attività coattiva che è il reato, quindi l'art. 610 riguarda un'attività volta comunque a fare tollerare o omettere qualcosa, mentre l'art. 611 mira a far commettere un reato, quindi sembra speciale però non può essere una circostanza perché mentre l'art. 610 esige che il soggetto sia costretto, l'art. 611 si limita a punire "per costringere o determinare altri a commettere un reato", quindi non esige l'effettiva costrizione, quindi l'art. 610 è, invece, speciale rispetto all'art. 611 perché esige che il soggetto sia stato costretto.. Quindi nell'art. 611 manca l'effettiva costituzione e di conseguenza non può essere considerato speciale rispetto al 610, quindi è vero che il reato come oggetto della costrizione speciale, ma l'atteggiamento volto a costringere al reato è un atteggiamento potenziale perché la legge non prevede che debba essere costretto, mentre il 610, presuppone che il soggetto debba essere costretto. E' speciale per un lato il 611, per un altro è speciale il 610, l'uno esige la finalità qualificata del reato, l'altro esige l'elemento speciale dell'effettiva costrizione. Non c'è un rapporto di specialità di una norma rispetto all'altra, in maniera unilaterale, come invece la circostanza esige.
L'art. 611 non ha tutti gli elementi dell'art. 610 come dovrebbe essere se si trattasse di una circostanza, gliene manca uno, cioè l'effettiva costrizione e sotto questo punto di vista è sostitutivo perché prevede la finalità criminosa come oggetto della costrizione, ma non contempla il requisito dell'effettiva costrizione.
Naturalmente, invece, molti sono i casi in cui questa specialità può essere ravvisata, per esempio il furto sul bagaglio di viaggiatore è una aggravante speciale rispetto al furto semplice.
Effetti delle circostanze: gli effetti sono quelli di aggravare o attenuare la pena, però ricordiamoci che l'art. 133 stabilisce i criteri cui il giudice si deve attenere per commisurare la pena ed ovviamente sono ipotesi descritte dalla legge (carattere del reo, condizioni economiche sociali familiari del reo eccc) questi elementi sono indicati nell'art. 133 e anche questi servono per graduare la pena.
Ma le circostanze hanno due caratteristiche molto diverse:
1. Prima caratteristica è quella di poter consentire che la pena vada oltre i limiti stabiliti dalla legge, per cui se io ho una pena da 1 a 5 anni, in base all'art. 133 posso spaziare tra 1 e 5, se c'è una circostanza aggravante posso superare 5 anni, se c'è una attenuante possono andare sotto un anno. La circostanza mi permette di andare oltre i *limiti edittali* che riguardano il reato base, può consentire il limite edittale sia del massimo che del minimo, non è detto che ciò accada perché se il giudice da 1 a 5 anni decide di dare 2 anni, la circostanza va valutata sulla pena in concreto quindi la pena si può innalzare la pena per la circostanza e do 3 anni e 6 mesi, come si vede siamo sempre sotto il limite dei 5 anni, bisogna vedere da che pena base si parte, se il giudice decide di dare 5 anni, la circostanza aggravante potrà superare i 5 anni.
La circostanza, quindi, può consentire il superamento dei limiti edittali, ma non necessariamente fa si che questi limiti vengano considerati. Non v'è dubbio che la circostanza abbia a che fare in qualche modo con gli elementi dell'art. 133, nel senso che è vero che le circostanze sono qualcosa che incidono più fortemente sulla pena, ma sono elementi da valutare, così come sono da valutare gli elementi dell'art. 133. Tant'è vero che da qualche decennio, per poter rendere bene l'idea si dice che le ipotesi dell'art. 133 sono ***circostanze improprie*** (elementi che l'art. 133 considera per poter valutare la pena in concreto nei limiti edittali), mentre le ***circostanze*** del reato sono definite ***proprie***. Entrambi sono elementi di valutazione che hanno caratterizzato il reato.
Da qui la domanda: Qual è il rapporto che intercorre tra le circostanze proprie e quelle improprie?
A prima vista il giudice valuta la pena in base al 133 e poi vede se c'è la circostanza e se c'è la applica, ma l'art. 133 offre uno spettro valutativo molto ampio, anzi secondo una parte della dottrina ritiene che si tratti di una visione onnicomprensiva perché tutti i possibili fattori che possono caratterizzare il reato sono almeno, in buona parte, ricavabili dall'art. 133 (natura, specie, mezzo, oggetto, luogo, precedenti penali giudiziari, condizioni di vita individuale ecc...) e allora il problema che si pone è questo: è molto probabile che queste indicazioni interferiscano con la circostanza propria e cosa si fa se questo accade?
Es: Una ipotesi particolarmente grave di colpa è la colpa cosciente che si ha quando il soggetto prevede l'evento e che nell'art. 61, 3° comma figura come circostanza aggravante comune relativa ai delitti colposi. Posto che l'art. 133 ci parla di grado della colpa (che è maggiore se la colpa è cosciente), il giudice ha valutato la colpa cosciente, ha stabilito la pena di tre anni valutando la colpa cosciente per l'omicidio colposo, nel considerare che si tratta di un delitto dovrebbe aumentare la pena anche in virtù dell'art. 61, 3° comma e chiaramente non lo può fare perché uno stesso elemento non può essere valutato più di una volta, per gli elementi aggravatori a maggior ragione, ma anche per quelli

master COPY

attenuanti questo per una logica di razionalità del sistema per cui uno stesso elemento non può essere meritato in senso positivo e negativo due volte, ma una volta sola per un principio di omogeneità, di coerenza e di uguaglianza del sistema, quindi che deve fare il giudice per evitare che l'elemento della colpa cosciente venga valutato più di una volta? Nella pena base non terrà conto dell'elemento della colpa cosciente e lo valuterà solo in sede di aumento della circostanza, perché la circostanza, essendo speciale rispetto alle indicazioni dell'art. 133 che sono generiche, deve essere considerata prevalente, quindi il giudice tiene conto di tutti gli elementi (tiene conto dell'intensità, del danno, delle modalità dell'azione, del contesto, se ha dei precedenti penali, come si è comportato dopo che aveva commesso il reato ecc..), arriva la colpa cosciente che rileva l'esistenza della colpa e qui fissa la pena, dopo aver fatto tutto questo prende la circostanza dell'art. 61, 3°comma e applica la circostanza aggravante, non può valutarla due volte, mai, sia per le ipotesi che aggravano, sia per quelle che attenuano perché c'è una logica di razionalità del sistema che impone di valutare il requisito una volta sola, perché senno si tradurrebbe una valutazione binaria o ternaria in una punizione non giustificata o in una meritevolezza ingiustificata di un trattamento di favore.
Questi fenomeni di aggravamento o attenuazione della pena possono essere configurati dalla legge in maniera molto diversa, noi abbiamo ipotizzato il caso classico in cui la circostanza comporta un aumento o una diminuzione sulla pena base, ma c'è anche il caso romantico e il caso decadente, ci sono dei casi in cui la circostanza è configurata in maniera diversa, ossia si può trattare di circostanze che sono previste in via autonoma, che denominiamo convenzionalmente "**circostanze autonome**" in cui la pena è prevista con nuovi limiti edittali, nuovi limiti come se si trattasse di un altro reato.
L'ipotesi aggravate possono andare da 2 a 6 anni, mentre la pena base è da 6 mesi a 3 anni, quando c'è una aggravante del furto non c'è una pena che viene calcolata sulla pena base, ma c'è un nuovo limite di pena, come se si trattasse di un reato autonomo, ma non lo è. Mentre le circostanze classiche comportano un aumento percentuale, per esempio, per le circostanze comuni (artt. 61-62 c.p.) la pena può arrivare fino ad 1/3 della pena base.
Ci può essere un'altra tipologia ancora, le "**circostanze con pena autonoma**", si tratta di una pena di specie diversa. Es: omicidio comporta le pena di reclusione non inferiore ad anni 21 (art. 575 c.p.), cosa succede se commesso con premeditazione? l'art. 577 c.p. stabilisce la pena dell'ergastolo (premeditazione è la massima forma del dolo).
C'è un'altra categoria di circostanze che non è una categoria del tutto separata, perché è quella caratterizzante da "**circostanze ad effetto speciale**", introdotte nel 1984, sono quelle che comportano la pena superiore 1/3, rispetto all'aumento, per esempio, se l'aumento è di 2/3, la circostanza è ad effetto speciale.
Tutto il discorso fatto fino ad ora aveva una premessa implicita, che noi sappiamo che siamo di fronte ad una circostanza, ma chi ce lo dice che siamo di fronte ad una circostanza? La legge, che non esprime una soluzione cogente ed universale, in alcuni casi la soluzione è semplice, in altri è molto più complessa.
Es: art. 578 c.p. riguarda l'infanticidio -> "*La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, è punita con la reclusione da quattro a dodici anni*". Quindi con pena inferiore all'omicidio doloso e quindi è una circostanza attenuante è un reato autonomo?
Ma la distinzione tra circostanza e reato autonomo che noi cerchiamo di operare serve a qualcosa? Perché qui è uno di quei casi in cui i limiti edittali di pena sono stabiliti e determinati in forma autonoma, quindi potrebbe essere un reato autonomo, ma cosa ci interessa stabilire se è un reato autonomo? Non è così perché le aggravanti si imputano soggettivamente a titolo di dolo o di colpa (art. 59) "*anche se da noi commesse con colpa o conosciute*", mentre le attenuanti si imputano oggettivamente.
Quindi il reato base, se è un delitto può essere imputato solo per dolo, salvo i casi in cui sia prevista anche la colpa (o la preterintenzione), se invece è una circostanza cambia completamente, in questo caso nell'art. 578 se è un reato autonomo ci vuole il dolo e se è una attenuante si imputa oggettivamente. E' una conseguenza enorme.
2. Ma non è solo questa, le circostanze non sono suscettibili di tentativo, perché l'art. 51 parla di tentativo di delitto e non di circostanza, quindi devono essere integrali nella loro realizzazione.
Inoltre, le circostanze aggravanti o attenuanti se sono entrambe presenti nello stesso fatto soggiaciono ad una regola che è stabilità dall'art. 69, che ha delle eccezioni, la regola è che "il giudice deve fare un giudizio di bilanciamento" cioè deve valutare se son più significative, in concreto, le attenuanti o le aggravanti, applica le aggravanti se sono più significative queste sennò le attenuanti, se le ritiene equivalenti applica la pena che applicherebbe qualora le circostanze non ci fossero. Es: c'è l'aggravante del danno grave al patrimonio (art. 61, 7 comma) e c'è l'attenuante della provocazione. Il giudice se considera prevalente la provocazione applica solo l'attenuante, se considera prevalente il danno applicherà solo l'aggravante, questo meccanismo di bilanciamento può valere solo per le circostanze, non per i reati autonomi, non si possono bilanciare i reati autonomi, le circostanza si possono bilanciare perché sono finalizzate a modificare regime della sanzione, funzionano in quanto collegate all'ottica della sanzione ed il giudice per determinare la sanzione più adeguata, se ci sono insieme sia attenuanti che aggravanti prosegue a questo bilanciamento, deve essere un **bilanciamento di valore** (ci possono essere 45000mila aggravanti e una sola attenuante, l'attenuante può essere prevalente, non è un giudizio quantitativo o matematico, perché il giudice valuta l pena adeguata al valore espresso dall'episodio, non valuta la quantità degli elementi).
Come si identifica una circostanza? Come si stabilisce se siamo di fronte ad una circostanza o ad un elemento costitutivo di un reato autonomo?
E' chiaro che la premessa di tutto il discorso è ovviamente che si tratti di un elemento speciale, perché se non è speciale c'è sicuramente un reato autonomo.

master COPY

Anche i reati autonomi possono essere speciali, si affronterà un tema, dedicato alla tematica del concorso di colpe, quello del cosiddetto concorso apparente di norme e in esso assume una rilevanza particolare il rapporto tra le fattispecie di reato generali e speciali (Es: peculato è speciale rispetto all'appropriazione indebita perché esige la qualifica di pubblico ufficiale, non è una circostanza aggravante, è un reato autonomo). Quindi vi è una tematica legata alla specialità che riguarda i reati e non le circostanze quindi dire che un certo fenomeno descritto dalla legge è speciale, non significa dire che è sempre una circostanza, può esserlo perché la circostanza deve essere sempre speciale, ma potrebbe non esserlo, nel senso che potrebbe accadere che anche i reati siano tra loro in rapporto di specialità, si tratti di reato e non di circostanza.
Tuttavia, ci sono dei casi in cui siamo sicuramente di fronte ad una circostanza, casi pacifici: casi in cui la qualifica circostanziale non è altrimenti discettabile: le circostanze comuni, art. 61-62 si tratta di circostanze, e ciò lo capiamo dal fatto che sono applicabili a tutti i reati, quindi potrebbero essere elementi costitutivi dei singoli reati, poi la legge dice che aggravano o attenuano il reato o ove non ne siano elementi costituitivi o circostanze aggravanti speciali, quindi capiamo che questi articoli trattano di circostanze. Vi è un'altra ragione ancora, più occulta, ma più decisiva, che queste due norme non stabiliscono quale deve essere l'aumento o la diminuzione della pena, per stabilire questo ci dobbiamo rifare a quali articoli? art. 64 il quale dice che quando ricorre una circostanza aggravante e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino ad 1/3 la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso. L'art. 65 "*Quando ricorre una circostanza attenuante, e non è dalla legge determinata la diminuzione di pena, si osservano le norme seguenti:*
1) alla pena della morte è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni;
2) alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni;
3) le altre pene sono diminuite in misura non eccedente un terzo."
L'art. 64 e 65 sono inserite nel capo relativo alle circostanze del reato, sono norme di disciplina del fenomeno circostanziale, dunque, se gli artt. 61-62 rinviano implicitamente agli artt. 64-65 se ne deduce che si tratta di circostanze. La regola di sicurezza assoluta che si tratta di una circostanza si applica anche ai casi in cui la legge si limita a dire la pena è aumentata, la pena è diminuita, poiché anche qui non è fissato l'aumento o la diminuzione, ecco che anche qua che vige la regola per cui dobbiamo rimandare all'art. 64-65, confermandosi dunque che si tratta di circostanze.
Cosa dice l'imputabilità? Capacità di intendere e di volere, fa parte della colpevolezza, l'articolo sul vizio parziale di mente "*chi nel momento in cui hi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita*". La pena è diminuita, ma quando?? Non si sa, quando l'articolo non lo esplicita, ci dobbiamo leggere l'articolo 65.
Cosa accade, invece, nei casi in cui siamo di fronte ad altri modelli? Per esempio, abbiamo parlato delle circostanze autonome, sono tantissime (furto, associazione per delinquere, incesto, lesioni aggravate , relazione incestuosa, furto nel domicilio, truffa in sovvenzione, maltrattamenti aggravati da morte, strage ecc).
Vi sono ipotesi in cui la pena è stabilita con nuovi limiti di pena, qui il criterio di valutazione diventa più problematico. Bisogna rifarci ad una serie di indizi, indici, per esempio, se il fatto è previsto in un articolo diverso di legge magari collocato tra reati aventi un diverso bene giuridico, collocati dal codice come reati di diversa oggettività giuridica, in cui il fatto punito viene ridescritto integralmente, questi sono tutti indizi che giocano a favore della qualifica di reato autonomo.
Esempi: art. 624 bis "furto con violazione di domicilio" (questa norma è stata creata apposta per sottrarla dalle circostanze, per evitare che il soggetto andasse a giudizio di bilanciamento) "*Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, mediante introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa, è punito con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da 927 euro a 1.500 euro*" siamo di fronte ad un autonomo articolo di legge rispetto al furto che ridescrive tutto il fatto con limiti autonomi di pena, questo ci fa pensare ad un reato autonomo. Lo stesso dobbiamo pensare per il 578 perché vi è un articolo autonomo di legge, vi è la ridescrizione del fatto, c'è una collocazione separata e quindi non è una attenuante, ma un reato autonomo.
Prendiamo, invece, l'art. 640 bis "La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: *La pena è della reclusione da due a sette anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee*", fu una fattispecie di frequente citata. Questo è un articolo distinto dall'art. 640 "truffa", ma com'è configurato il fenomeno? Si procede d'ufficio con la reclusione da due a sette anni, se il fatto di cui al 640, sembra fare riferimento agli elementi della truffa senza menzionarli e dà l'idea di essere una appendice, è più grave, ma non ridescrive la fattispecie e così fa anche per i reati aggravati dall'evento, sono quelli in cui un evento consegue un fatto aggravato, queste fattispecie spesso dicono, ad esempio nei maltrattamenti, "se dal fatto deriva la morte" oppure nell'abbandono dell'incapace " se dal fatto deriva la morte dell'incapace" ecc. sono tutte ipotesi nelle quali non si ridescrive e oltre tutto sono indicate nello stesso articolo, nel 640 bis, invece c'è un articolo diverso, ma negli altri casi, invece, c'è lo stesso articolo e questo fa propendere per la natura circostanziale. Quindi quando ci sono tutte queste indicazioni, si tratta di indizi non decisivi, ma dotati di un significato ermeneutico non del tutto irrilevante.
Un altro caso che ha un significato ermeneutico è quello prospettato dall'art. 583 "lesioni aggravate: *La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni ..* " quindi pena autonoma, molti dicono che è una

circostanza perché la lesione personale è semplicemente qualificata come grave, mentre è l'art. 582 che parla di malattia nel corpo o nella mente. A prescindere da qualsiasi altra considerazione, però andiamoci a leggere il 585 "nei casi previsti dagli art. 582-583-583 bis-584 la pena è aumentata da 1/3 alla metà se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 576, prima delle due disposizioni che contempla i casi di omicidio aggravato, quindi se siamo di fronte ad una di queste ipotesi la pena è più grave.
Pensiamo al rapporto tra l'art. 585 e l'art. 583, se il 583 (lesioni gravi) fosse una aggravante delle lesioni semplici, 582, il 576, sarebbe una aggravante sull'aggravante, ma non ha senso parlare di una circostanza sulla circostanza, perché le circostanze circostanziano un reato e non altre circostanze. Quindi dobbiamo ritenere che le aggravanti delle lesioni siano reati autonomi.

Leggiamo l'art. 564 "incesto", notiamo che nello stesso articolo il secondo comma non ripete ciò che è scritto nel primo comma, dandolo per scontato, non è circostanza aggravante perché la relazione incestuosa è l'intrattenere una relazione con un familiare, se io dicessi che è una circostanza aggravante dovrei individuare tra gli episodi qual è quello che fornisce il reato base, sarà il primo, il secondo, il venticinquesimo? Diventa arbitrario. E' un reato autonomo. Quindi fino all'ultimo può rimanere il dubbio, se rimane il dubbio di fronte a questa pluralità di indici, si privilegia di fronte al dubbio la circostanza o l'elemento costitutivo? Quando gli indici sono ambigui ci possono essere controversie e quale soluzione adottiamo? Dobbiamo preferire la soluzione che si tratta di una circostanza per una ragione semplice perché vi è il principio di legalità principio di legalità, il quale ci dice che un reato può essere creato dalla legge solo in maniera determinata. E quindi se lo considero circostanza, l'attrito con il principio di legalità è inferiore perché sto costruendo un elemento accessorio, tant'è vero che se il reato base che io ipotizzo fosse abrogato verrebbe meno anche la circostanze, mentre se l'ho configurato come reato autonomo quella che dovrebbe essere circostanza rimarrebbe contro una più sicura visione di legalità.
Per esempio, vi è un dubbio se la relazione incestuosa sia un reato autonomo o una circostanza, io preferisco considerarlo reato autonomo, ma ammettendo che vi siano altri elementi dubbi sarebbe preferibile considerarla circostanza perché se viene meno l'incesto non sarà più punibile neanche la relazione incestuosa. Se, invece, considero reato autonomo quello rimarrebbe.
Preferire la circostanza ci consente di impedire un impatto troppo violento e troppo intollerabile con il principio di legalità.

Martedì 19 febbraio

Per le circostanze attenuanti il problema da questo punto di vista è meno drammatico, perché la circostanza attenuante che il giudice può cogliere, implica una valutazione di favore e quindi il rischio di quella criminalizzazione ulteriore applicata alla discrezionalità del giudice, non si prospetta, ma ciò non toglie affatto che anche per queste circostanze, il problema non sia in qualche modo significativo, perché? È chiaro che in generale nell'ordinamento il giudice non dovrebbe essere tributario di poteri di supplenza rispetto alla legge e la legge invece in questo caso resta pur sempre una legge indeterminata, con conseguenze anche piuttosto preoccupanti per quanto concerne il principio di uguaglianza, perché voi capite che questo apprezzamento discrezionale può far si che il giudice si orienti o meno a favore del riconoscimento della circostanza senza che il trattamento dei casi simili venga assicurato in maniera omogenea e viceversa nei casi tra loro differenti. Ed è per questa ragione che gli articoli 132 e 133, prima di tutto il 132 del codice penale, impongono al giudice di fornire un'adeguata motivazione delle scelte effettuate. Questa motivazione è una garanzia affinché si possa sindacare la scelta del giudice. Ora nel novero ampio di queste ipotesi di circostanze attenuanti indefinite, occupano un posto sicuramente importante, quelle che sono chiamate, nell'art. 62 bis c.p., attenuanti generiche. Erano state introdotte nel codice napoleonico in un momento successivo alla sua approvazione, data 1810, poi introdotte in Italia nel 1879 e poi eliminate dal codice Rocco in funzione di una missione autoritaria e affidata al controllo dei poteri dello stato e poi reintrodotte ancora in virtù di un provvedimento, ancora precedente alla fine del conflitto mondiale, nel settembre del 1944.

Analisi dell'art. 62 bis c.p.

Vediamo che cosa stabilisce l'art. 62 bis "circostante attenuanti generiche".

1° comma: "*il giudice indipendentemente dalle circostanze previstenell'art. 62, cioè le circostanze attenuanti comuni, **può**prendere in considerazione anche circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso come una sola circostanza ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto art. 62.*"

2° comma: "*ai fini dell'applicazione del 1° comma(quindi, per applicare le generiche), non si tiene conto dei criteridi cui all'art. 133, 1° comma n. 3, cioè quelli riguardanti l'intensità del dolo e il grado della colpa,nonché nel 2° comma dell'art. 133, cioè la capacità a delinquere, nei casi previsti dall'art. 99, 4° comma, che è la recidiva reiterata, in relazione ai delitti di cui all'art. 407, 2° comma, lettera a), cioè una serie di reati particolarmente gravi, del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiorenel minimo a cinque anni.*"