

Diritto Penale

a cura di Giovanni Conso e Francesco Palazzo

con Fabio Basile e Lucia Risicato

Colpa medica

Cassazione penale, IV Sezione, 22 novembre 2013 (ud. 15 ottobre 2013), n. 46753 – Brusco Presidente – Marinelli Relatore – Stabile P.G. - L.A. e N.F.

Annullamento senza rinvio App. Napoli, 5 luglio 2012

Colpa medica – Imperizia – Linee guida – Inosservanza parziale – Parametri di accertamento della responsabilità

Le linee guida, per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico, devono indicare standard diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente.

(Massima non ufficiale)

Omissis. — Con sentenza dell'11 febbraio 2010 il Tribunale di Napoli in composizione monocratica assolveva D.S.R., L. A. e R.F., sanitari in servizio presso la prima Unità Operativa Complessa di Ortopedia e Traumatologia dell'ospedale (*Omissis*), dal delitto di lesioni colpose in danno di C.A. perché il fatto non sussiste.

Agli imputati, nelle loro rispettive qualità, era stato contestato di avere cagionato al minore C.A. (che in data (*omissis*) aveva riportato la frattura del terzo prossimale del radio sinistro) una lesione personale grave dalla quale erano derivate una malattia e un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai 40 giorni (paresi del radiale con conseguente necessità per il paziente di sottoporsi ad un nuovo intervento chirurgico di trasposizione muscolare). Secondo l'accusa i medici avrebbero praticato l'intervento chirurgico di riduzione cruenta ed osteosintesi del radio con placca e viti sebbene l'ultimo controllo radiografico, del (*Omissis*), avesse evidenziato i frammenti di frattura affrontati per più di due terzi; il che deponesse in senso favorevole alla consolidazione della lesione e sebbene l'apparecchio gessato fosse ben tollerato, potendo pertanto escludersi problemi di tipo vascolare o neurologico all'arto superiore sinistro legati alla frattura e all'apparecchio gessato. I medici avrebbero quindi determinato, per errore nell'esecuzione dell'atto operatorio, la lesione iatrogena del ramo terminale motorio del nervo

radiale e non avrebbero posto immediatamente in essere una idonea terapia neurotrofica, in quanto non si erano avveduti o comunque non avevano sospettato, nel post operatorio, della suddetta lesione nervosa.

Avverso la decisione del Tribunale di Napoli hanno proposto appello la parte civile, il procuratore della Repubblica e il procuratore generale presso la Corte di appello di Napoli, chiedendo tutti di volere dichiarare la responsabilità degli imputati con le conseguenze di legge.

La Corte di Appello di Napoli in data 5.07.2012, con la sentenza oggetto del presente ricorso, in riforma di quella emessa nel giudizio di primo grado, dichiarava D.S.R. colpevole del reato ascrittogli e lo condannava alla pena di mesi due di reclusione oltre al pagamento delle spese processuali del doppio grado, pena sospesa; immutando la formula di assoluzione del primo giudice assolveva L.A. e R.F. dal reato a loro ascritto per non aver commesso il fatto.

Secondo la Corte di appello il danno riportato dal giovane C. è stato individuato con apprezzabile certezza in una sofferenza del nervo radiale, nella forma della paresi. Prima dell'intervento chirurgico in questione non vi erano certificati o annotazioni in cartelle cliniche che testimoniassero una qualche sofferenza del suddetto nervo tale da dover rendere necessaria l'operazione poi praticata. Anzi, sei giorni prima dell'intervento chirurgico, il dott. D.S. aveva visitato il C. e aveva certificato che l'apparecchio gessato era ben tollerato, il che escludeva problemi di natura vascolare, neurologica o muscolare all'arto superiore sinistro. Osservavano pertanto i giudici della Corte territoriale che il C., prima di subire l'intervento al Cardarelli, era perfettamente in grado di muovere le dita della mano, come riferito dalla stessa persona offesa. Pertanto, sulla base delle convergenti conclusioni dei due consulenti tecnici, F. e M., ritenevano i giudici di appello, che con ogni probabilità era stato l'intervento chirurgico effettuato al (*Omissis*) a causare la lesione del ramo terminale motorio del nervo radiale, in quanto l'aggressione chirurgica praticata aveva interessato proprio la delicata zona anatomica in cui c'era stata una frattura all'epoca dell'intervento in stato di consolidamento.

La Corte territoriale aveva pertanto ritenuto la responsabilità penale del solo dott. D.S., che aveva visitato il C., deciso ed eseguito l'intervento chirurgico incidendo il paziente ed attuando le manovre di riduzione cruenta della frattura, mentre non aveva ritenuto sussistente la responsabilità penale degli altri due sanitari, il dott. L. e il dott. R., in quanto costoro si erano limitati il primo a mantenere al massimo i divaricatori, il secondo a passare i ferri al chirurgo. — *Omissis.*

Si osserva che questa Corte si è già occupata delle pro-

blematiche conseguenti all'applicazione della L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3, e ha statuito (cfr. Cass., Sez. 4, sent. n. 16237 del 29.01.2013, Rv. 255105) che, in tema di responsabilità medica, la L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3, esclude la rilevanza della colpa lieve per quelle condotte che abbiano osservato linee guida o pratiche terapeutiche mediche virtuose, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica; precisando altresì che comunque la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dalla legge sopra indicata opera prevalentemente per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia, ma non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imperizia (cfr. sul punto, Cass., Sez. 4, sent. n. 11493 del 24.01.2013, Rv. 254756). Pertanto la norma di cui sopra non può in linea di massima riguardare ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza perché, come ritenuto in giurisprudenza, le linee guida contengono solo regole di perizia.

Deve essere comunque precisato che, in via generale, le linee guida per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico devono indicare standard diagnostico terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente.

Solo nel caso di linee guida conformi alle regole della migliore scienza medica sarà poi possibile utilizzarle come parametro per l'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico ed attraverso le indicazioni dalle

stesse fornite sarà possibile per il giudicante - anche, se necessario, attraverso l'ausilio di consulenze rivolte a verificare eventuali particolarità specifiche del caso concreto, che avrebbero potuto imporre o consigliare un percorso diagnostico terapeutico alternativo - individuare eventuali condotte censurabili.

Tanto premesso si osserva che nei motivi aggiunti la difesa del dott. D.S. si limita a sostenere, allegando anche le conclusioni dei suoi consulenti, che le linee guida sono state osservate nel momento della scelta di procedere chirurgicamente, ma nulla dice, e nulla affermano i suoi consulenti, in merito all'osservanza delle linee guida nel successivo momento dell'esecuzione dell'intervento chirurgico. La difesa invece avrebbe dovuto quanto meno allegare che l'imputato aveva osservato le linee guida non solo nel momento in cui doveva decidere se intervenire o meno chirurgicamente, ma anche durante l'esecuzione dell'operazione, dovendosi imputare a errore lieve la lesione del nervo radiale.

Al D.S. infatti è stato contestato non solo di essere intervenuto chirurgicamente senza necessità, ma anche di avere causato alla persona offesa - per errore nell'esecuzione dell'atto operatorio e quindi per imperizia - la lesione iatrogena del ramo terminale motorio del nervo radiale.

Pertanto, anche se rispondessero al vero le osservazioni contenute nei motivi aggiunti circa la necessità, sulla base delle linee guida, di procedere all'intervento chirurgico, il ricorso del D.S. dovrebbe essere comunque rigettato ai fini civili atteso che, sulla base delle argomentazioni di cui sopra, la sentenza impugnata ha motivato in maniera adeguata e congrua in ordine al fatto che fu il D.S., con la sua condotta imperita nell'esecuzione dell'intervento chirurgico, a causare la lesione del nervo radiale al C. — *Omissis*.

Colpa medica “lieve” e “grave” dopo la legge Balduzzi: lo iato tra terapia ideale e reale come parametro di graduazione della responsabilità del sanitario

Lucia Riscato

Le linee guida, fonte di colpa per imperizia ex art. 3, comma 1, legge n. 189/2012, non hanno carattere tassativo né vincolante, e possono costituire un indice di commisurazione della responsabilità penale del medico solo quando siano poste a garanzia della salute del paziente. Di esse il sanitario può realizzare un adempimento “imperfetto”, penalmente rilevante solo in caso di colpa grave, oppure un inadempimento “perfetto”, lecito se dovuto a specifiche esigenze di cura che impongano di discostarsi da protocolli terapeutici astratti o ispirati a logiche meramente economicistiche. All'adempimento imperfetto delle guidelines deve essere equiparato il caso, qui trattato, della loro osservanza solo parziale.

Premessa

Nel caso affrontato dalla Corte, l'imputato avrebbe provocato al paziente, per un errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico di riduzione di una frattura del radio, la lesione iatrogena del ramo terminale motorio del nervo radiale. I sanitari, non essendosi accorti del danno cagionato, non hanno somministrato nemmeno un'adeguata terapia neurotrofica volta a evitare il *deficit* di estensione delle dita della mano sinistra della vittima.

La difesa ha eccepito, sul punto, l'irrilevanza penale del fatto secondo il *novum* normativo di cui all'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012: in base alle conclusioni dei consulenti tecnici di parte, l'intervento sarebbe

stato eseguito alla luce delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

La Cassazione ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata per intervenuta prescrizione del reato, rigettando il ricorso ai fini civili: la difesa dell'imputato si è infatti limitata a sostenere che le linee guida sono state osservate al momento di procedere chirurgicamente, ma nulla ha detto (anche nelle relative consulenze tecniche) in merito all'osservanza delle linee guida nel successivo momento dell'esecuzione dell'intervento chirurgico. Essa avrebbe invece «dovuto quanto meno allegare che l'imputato aveva osservato le linee guida non solo nel momento in cui doveva decidere se intervenire o meno chirurgicamente, ma anche durante l'esecuzione dell'operazione, dovendosi imputare a

errore *lieve* la lesione del nervo radiale»¹: l'omissione di ogni riferimento alle linee guida non consente, pertanto, di graduare in maniera congrua l'imperizia contestata al sanitario, in assenza di parametri di valutazione "esterni" dell'opportunità dell'intervento e del suo svolgimento ideale.

La pronuncia in commento s'inserisce con coerenza in un apprezzabile orientamento ermeneutico della suprema Corte, volto a recuperare senso e limiti di una disposizione fondamentale quanto proteiforme: il discusso art. 3, comma 1, legge n. 189/2012, alla cui stregua «l' esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»².

Questa norma, che integra la definizione di delitto colposo di cui all'art. 43 c.p. rispetto a un'ipotesi delicatissima di colpa professionale, ha già sollevato corposi dubbi di legittimità costituzionale, sopravvissuti senza troppi danni alla recente ordinanza n. 295/2013 della Consulta³. Com'è noto, essa ha creato un duplice argine alla responsabilità del medico: a) l'osservanza delle procedure dettate dalle linee guida e dalle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; b) la colpa lieve del sanitario.

La specie di colpa qui descritta rappresenta forse il punto più insidioso dell'intera disposizione, avendo introdotto anche nel nostro sistema penale la distinzione tra colpa lieve e grave senza però ancorarla a parametri normativi precisi e rimettendo, di fatto, il suo apprezzamento al potere discrezionale del giudice. È una colpa singolare quella coniata dalla legge Balduzzi: essa, se non è lieve, non è esclusa dall'osservanza delle linee guida (perciò si è detto che il medico si trova *in culpa sine culpa*⁴), mentre può essere esclu-

sa dalla loro inosservanza, a condizione che la dissociazione consapevole dai protocolli di cura integri, nel caso concreto, il miglior adempimento possibile del dovere di perizia del sanitario. Si è osservato, in proposito, che «la non punibilità della colpa lieve si inserisce in un contesto che, in una valutazione d'insieme, può davvero essere descritto con la formula paradossale *in culpa, sine culpa*, se intesa non come denuncia di una contraddizione (reale o apparente) ma come descrizione di una fattispecie complessa, il cui nucleo è costituito da un sostanziale adempimento dei (principali) doveri del professionista sanitario; un *adempimento imperfetto* (non immune da colpa), ma per lievi imperfezioni che l'adempimento di fondo consente (e suggerisce) di non considerare ai fini penali»⁵.

Prima di approfondire la relazione complicata tra colpa e linee guida del sanitario al confine tra adempimenti colpevoli e inadempimenti incolpevoli, è però opportuna una rapida sintesi su natura, funzione e fonti delle *guidelines* nel quadro della procedimentalizzazione tentacolare dell'attività medica.

Teoria e prassi delle linee guida: pregi indiscussi e ambiguità ontologiche

Le linee guida sono «un percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale»⁶. Esse sono, di norma (ma non sempre), redatte da organismi affidabili in grado di dare una lettura critica alla polidricità delle informazioni scientifiche, e tuttavia non hanno una reale efficacia vincolante o prescrittiva, dovendo necessariamente essere integrate dalle caratteristiche peculiari e irripetibili del caso concreto.

Le potenzialità delle guida sono neutralizzate dalla loro ambiguità, alimentando le incertezze su ruolo e limiti di un istituto in espansione incontrollata: la legge Balduzzi non ha in alcun modo selezionato, tra le migliaia in circolazione, le linee guida "attendibili". In

¹ Corsivo nostro.

² In argomento v., tra gli altri, Piras, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012, n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012; Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, *ivi*, 5 maggio 2013; Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 2, 217. Da ultimo, cfr. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2013, e Foglia Manzillo, *La colpa del medico alla luce delle "linee-guida Balduzzi"*, Milano, 2013.

³ Cfr. Corte cost., (ord.) 6 dicembre 2013, n. 295. La Corte ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione sollevata dal giudice a quo (Trib. Milano, Sez. IX penale, (ord.) 21 marzo 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 marzo 2013), in cui si ravvisavano profili di contrasto tra l'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012 e gli artt. 3, 24, 25, comma 2, 27, 28, 32, 33 e 111 Cost. Il rimettente, infatti, «ha omesso di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire una adeguata motivazione alla rilevanza della que-

stione. In particolare, il giudice rimettente si è limitato a premettere di essere investito di un processo per lesioni personali gravi contestate ad alcuni operatori sanitari «per colpa generica e per violazione dell'arte medica», ma non ha specificato «la natura dell'evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato accusato e il grado della colpa ascrivibile agli imputati»; ma «soprattutto non ha precisato se, nell'occasione, i medici si siano attenuti — o, quanto meno, se sia sorta questione in ordine al fatto che essi si siano attenuti — a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica proprie del contesto di riferimento, così che possa venire effettivamente in rilievo l'applicabilità della norma censurata».

⁴ Così Piras, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012, n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, cit.

⁵ Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 maggio 2013, 10 (corsivo nostro).

⁶ Piras, Carboni, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in AA. VV., *Medicina e diritto penale* a cura di Canestrari, Giunta, Guerini, Padovani, Pisa, 2009, 286.

via ideale le *guidelines* potrebbero arricchire di sfumature più specifiche la figura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* in campo medico, nell'ambito di una crescente tendenza alla positivizzazione delle regole cautelari specialistiche: secondo recenti studi qualificati, esse potrebbero contribuire a superare il tradizionale *deficit* di tassatività della colpa di fonte tecnico-sociale, bilanciare il difficile equilibrio tra esigenze di garanzia dell'imputato ed istanze di difesa sociale, semplificare la dinamica probatoria, ridurre la medicina difensiva, razionalizzare i costi delle cure e della *malpractice* ed apportare maggiore chiarezza nella distinzione tra misura oggettiva e soggettiva della colpa⁷.

La realtà è molto più complessa per la coesistenza, all'interno del medesimo istituto, di obiettivi teleologicamente antinomici. Nell'esperienza statunitense, per una maliziosa eterogenesi dei fini, le linee guida hanno perseguito principalmente l'obiettivo di risparmiare sulle cure mediche e di prevenire contenziosi legali, più che quello di migliorare la salute e la qualità della vita del paziente⁸. È quindi del tutto comprensibile la diffidenza maturata nel nostro sistema penale nei confronti di disposizioni che si collocano «a mezza via fra regole etiche, direttive deontologiche e prescrizioni giuridiche»⁹, definite in pronunzie ancora recenti «ciniche e pigre»¹⁰ non solo per la loro presunta estraneità a finalità terapeutiche, ma soprattutto per la

tentazione dei facili automatismi nella valutazione — o più spesso nell'esclusione — della responsabilità. Grava poi sull'interprete l'ulteriore compito di distinguere le linee guida «buone», dettate dalla necessità di tipizzare le metodologie terapeutiche più corrette, da quelle «cattive», mirate al contenimento della spesa sanitaria¹¹: solo le prime, come evidenziato anche dalla sentenza in commento, potrebbero fungere da paradigma idealtipico della condotta del sanitario, mentre le seconde risulterebbero per definizione inaffidabili.

La giurisprudenza di legittimità, condannando da tempo sia nel caso in cui il medico abbia osservato pedissequamente le linee guida, sia in quello in cui se ne sia colpevolmente discostato, ha spesso paventato il rischio di una cristallizzazione asfittica delle norme cautelari in protocolli «blindati» delle regole dell'arte medica e di una loro (impossibile) categorizzazione astratta, avulsa dalle caratteristiche uniche del caso individuale¹². Oggi si discute in modo quanto mai vivace della fisionomia «rigida» o «flessibile» delle linee guida, dei loro rapporti con l'accertamento concreto della colpa e persino della loro natura giuridica, che — dopo l'entrata in vigore della legge n. 189/2012 — oscilla tra le fonti della colpa generica, sia pure orientate verso istanze di (maggiore) determinazione, e quelle della colpa specifica¹³. Decisiva, a ri-

⁷ Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 177 e segg. In argomento v. anche Blaiotta, *La responsabilità medica. Nuove prospettive per la colpa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2012; Di Giovine, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 78 e segg.; Caputo, «Filo d'Arianna» o «Flauto magico»? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 luglio 2012; Piras, Carboni, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in AA. VV., *Medicina e diritto penale*, cit., 286; Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in AA. VV., *Medicina e diritto penale*, cit., 274 e segg.; Portigliatti Barbos, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1996, 891; Bilancetti, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2010, 744; Terrosi Vagnoli, *Le linee guida per la pratica clinica: problemi e valenze medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1999, 223. Di recente, v. G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 969.

⁸ Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, 176. Da ultimo, v. Foglia Manzillo, *La colpa del medico*, cit., 27.

⁹ Portigliatti Barbos, *loc. ult. cit.*

¹⁰ Così, testualmente, Cass. Pen., Sez. IV, ud. 22 novembre 2011, n. 4391, in *DeJure*: «spesso le linee guida sono frutto di scelte totalmente economicistiche, sono ciniche o pigre; e dunque non è detto che una linea guida sia un punto di approdo definitivo. Alcune volte le linee guida sono obsolete o inefficaci e, dunque, anche sulle linee guida occorre posare uno sguardo speciale, occorre attenzione e cautela; le linee guida non sono — da sole — la soluzione dei problemi. Del resto in dottrina, a proposito delle prassi applicative, si è condivisibilmente manifestato il timore che esse possano fornire indebiti cappelli protettivi a comportamenti sciatti, disattenti: un comportamento non è lecito per-

ché è consentito, ma è consentito perché diligente». Nello stesso senso già Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2011, n. 8254, in *Cass. Pen.*, 2012, 557, con nota di Marra, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico* (secondo cui lo scopo delle linee guida è fondamentalmente estraneo alla valutazione in sede giudiziaria dell'operato del medico).

¹¹ In dottrina non manca chi evidenzia che lo scopo principale delle linee guida sarebbe appunto quello di economizzare la spesa sanitaria corrente, «contenendo» ad es. i tempi di degenza secondo criteri *standard* non sempre compatibili con le reali condizioni del paziente e finendo, oltretutto, con l'incoraggiare la medicina difensiva. Cfr., tra gli altri, Cartabellotta, *Medicina basata sulle evidenze o sulle linee guida?*, in *Ricerca e Sanità*, 2000, 1, 2, 41; Fineschi, Frati, *Linee guida, a double edge sword; riflessioni medico legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 665. Favorevole all'uso delle *guidelines* come strumento di positivizzazione degli obblighi di condotta e di semplificazione nell'accertamento giudiziale della colpa medica è invece Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., 276. Sul problema della medicina difensiva, v. da ultimo l'ampia ricognizione monografica di Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, e le riflessioni critiche di Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 3 e segg.

¹² Per una sintesi degli orientamenti della giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della legge Balduzzi, cfr. Cass., Sez. IV, 19 settembre 2012, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 191 ss. con nota di Risicato, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*.

¹³ Valuta problematicamente l'inclusione delle linee guida tra le «discipline» ex art. 43 c.p., nell'ambito delle inevitabili tensioni tra riserva di legge e privatizzazione delle regole cautelari Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 25 e segg. Sui rapporti tra

guardo, è l'individuazione della portata precettiva dell'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012.

*L'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012:
un'ipotesi di culpa sine culpa*

L'art. 3 della legge Balduzzi ha introdotto una fattispecie *sui generis* anche dal punto di vista della qualificazione normativa: la Cassazione ha sinora correttamente escluso che la norma in esame integri un'esimente, accennando piuttosto a una causa di esclusione della tipicità penale che lascia integra la responsabilità aquiliana. Plausibile, d'altronde, è anche il richiamo alla logica delle scusanti, poiché il fatto, per l'ordinamento giuridico complessivo, resta colpevole e produttivo di obblighi di risarcimento¹⁴.

Il primo elemento su cui poggia la nuova disciplina è l'osservanza, da parte del sanitario, di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Non tutti concordano sul fatto che le nuove fonti della colpa penale del medico possano essere incluse tra le "discipline" di cui all'art. 43 c.p., sebbene le *guidelines* rientrino a pieno titolo nel novero delle direttive "elastiche", rivolte da autorità private a una cerchia selezionata di destinatari dotata di competenze tecniche peculiari. Tuttavia, la suprema Corte afferma senza indugi che esse hanno a che fare «con le forti istanze di determinatezza che permeano la materia penale»¹⁵.

Il problema è che lo stato dell'arte delle linee guida in Italia non consente (ancora?) di assimilarle a forti istanze di determinatezza: se soltanto si considera che per talune specializzazioni mediche vi sono nel nostro Paese tre linee guida regionali, tredici linee guida nazionali, alcune decine di linee guida europee (a differenza degli USA, dove sono disponibili oltre duemila linee), bisogna dedurre giocoforza un'imponente ampiezza — se non un'inquietante vaghezza — dei confini dell'area di rilevanza dell'art. 3 legge Balduzzi. La disposizione *de qua*, oltretutto, opera un richiamo assai generico alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica: la norma non specifica le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali le proce-

diure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e renderle conoscibili agli stessi sanitari; così come per le prassi non viene specificato il metodo di raccolta, come possa individuarsi la "comunità scientifica" e se l'accreditamento debba provenire dalla "comunità scientifica" locale, regionale, nazionale, europea o internazionale¹⁶.

Ma anche a voler ritenere che le linee guida costituiscano un sapere scientifico affidabile e codificato, utile pertanto al giudizio, l'istituto è destinato a scontare vistosi limiti applicativi: basti pensare, a titolo puramente esemplificativo, alla mancanza di cultura scientifica dei giudici, agli interessi che si celano dietro le opinioni degli "esperti", ai compromessi ipotizzabili anche in seno alle migliori comunità scientifiche e, soprattutto, alla rapida mutevolezza delle opinioni scientifiche¹⁷. La legge Balduzzi rischia, insomma, di rappresentare un ossimoro giuridico (o, com'è stato evidenziato, l'ennesima eterogeneità dei fini legata alle linee guida¹⁸): da un lato, infatti, la nuova disciplina valorizzerebbe il sapere scientifico cristallizzato per sopperire al *deficit* di tassatività sopra lamentato, dall'altro finirebbe con l'estendere i margini di discrezionalità interpretativa a dispetto della maggiore precisione garantita, in via ideale, da regole di perizia autorevolmente testate¹⁹.

Tra le pieghe di queste consistenti perplessità si rinviene la ragione profonda della diffidenza del diritto vivente verso l'istituto delle *guidelines*: le linee guida, come le "buone pratiche", hanno valore probatorio non esaustivo e la loro applicazione non può essere meccanicistica, dovendo essere filtrata dalla *ratio* delle linee guida (come specificato dalla sentenza qui in commento) e, soprattutto, dalle caratteristiche irripetibili del caso concreto. Sotto questo punto di vista vi è piena continuità tra gli orientamenti della Cassazione prima e dopo l'entrata in vigore della legge Balduzzi.

Alle riflessioni del supremo Collegio dobbiamo peraltro indicazioni fondamentali anche sull'ambito di operatività dell'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012 e

colpa generica e specifica v., di recente, Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 61 e segg.

¹⁴ In questo senso D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 4, secondo il quale siamo di fronte a un istituto di tipo nuovo rispetto al sistema penale dell'imputazione soggettiva, il cui inquadramento «potrebbe (forse) suggerire adattamenti terminologici».

¹⁵ Contrario a un inquadramento delle linee guida nell'ambito delle fonti della colpa specifica è, tra gli altri, Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, cit. In tal senso è orientata anche Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Cantore, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 6/2013, 692, con nota di Risicato, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, e in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 mag-

gio 2013, con nota di Roiati, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*. Secondo la pronuncia qui citata, le linee guida «non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica». Da ultimo, parla delle linee guida come norme eventualmente cautelari Civello, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa lieve e colpa grave*, in *Arch. Pen.*, 2013, 1, 13 e segg.

¹⁶ I dati sono riferiti da Trib. Milano, Sez. IX penale, (ord.) 21 marzo 2013, cit.

¹⁷ Per queste considerazioni v. Roiati, *Il ruolo del sapere scientifico*, cit., 5.

¹⁸ Così Roiati, *loc. ult. cit.*

¹⁹ Manifesta dubbi su contenuto, natura e obiettivi delle linee guida Di Giovine, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 81 e segg.

sul rapporto tra linee guida, colpa lieve e colpa grave del sanitario.

Le relazioni complicate tra colpa del medico e linee guida nella giurisprudenza recente della Cassazione

Due importantissime sentenze della Cassazione, le nn. 11493 e 16237/2013²⁰, hanno contribuito a far chiarezza — beninteso, nei limiti del possibile — sulla portata del *novum* normativo. Con la pronuncia n. 11493/2013, la suprema Corte ha delimitato l'ambito di operatività della nuova disposizione ai soli casi di imperizia²¹, in virtù del legame ontologico tra linee guida e regole cautelari specialistiche²². Quello dell'imperizia, del resto, è l'unico territorio in cui, ben prima dell'entrata in vigore della legge Balduzzi, siano state tentate — con esiti alterni — delimitazioni di responsabilità ai soli casi di colpa grave in virtù del disposto dell'art. 2236 c.c.²³

Le due sentenze rimarcano, poi, sia la necessità di una selezione qualitativa delle linee guida utili a ricostruire il modello di condotta esigibile nel singolo caso, sia il ruolo non meccanicistico di procedure idealtipiche nella valutazione o nell'esclusione della colpevolezza: non avendo le linee guida carattere tassativo o vincolante, la scelta del medico di rispettarle o disattenderle non potrà prescindere dall'analisi delle caratteristiche uniche della vicenda concreta.

Si conferma quindi l'orientamento, condiviso anche dalla pronuncia in commento, che privilegia il carattere terapeutico, e non economicistico, delle linee guida: esse saranno rilevanti ai fini del giudizio solo nella misura in cui, essendo espressione della migliore scienza medica, siano garanti della qualità della terapia e non dei suoi costi. La flessibilità delle linee guida consente al giudice, nel silenzio del legislatore, di selezionare i protocolli attendibili da quelli ispirati a esigenze di contenimento delle spese sanitarie, evitando nel contempo prevedibili automatismi nella valutazione della responsabilità. Uno solo l'elemento "non flessibile", ricavabile dalla pronuncia qui annotata: l'osservanza delle linee guida non può essere lacunosa

o parziale, e l'eventuale dissociazione dalle direttive scientifiche deve essere motivata da ragioni legate alle specifiche esigenze terapeutiche del paziente (non, quindi, da iniziative arbitrarie del sanitario).

Particolare attenzione merita, in quest'ambito, la sent. 16237/2013, che ha esaminato minuziosamente scopo e margini della suddetta "flessibilità". Proprio alla luce del ruolo elastico delle linee guida, si risolverebbe tanto l'apparente ossimoro dell'eventuale colpa nonostante l'osservanza delle linee guida che il dubbio sulla qualificazione della responsabilità penale del sanitario che se ne sia intenzionalmente discostato, per scelte terapeutiche precise o per motivi di urgenza. Secondo la Corte, «la considerazione delle caratteristiche delle linee guida aiuta a comprendere la portata della nuova normativa e a risolvere l'apparente contraddittorietà». Può ben darsi che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico e terapeutico, e tuttavia commetta qualche errore adattando le direttive di massima al caso concreto, come può darsi altrettanto spesso che le specifiche esigenze terapeutiche impongano al sanitario di discostarsi dallo *standard* (specie in presenza di patologie concomitanti)²⁴.

Il terreno d'elezione dell'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012 si gioca quindi lungo il delicato confine tra adempimenti "imperfetti" ma non rimproverabili e inadempimenti "perfetti" perché diligenti. La gravità della colpa si cela tra le pieghe della complessità dell'*ars medica*: «la valutazione *ex ante* della condotta terapeutica, tipica del giudizio sulla colpa, dovrà essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista: il terapeuta complessivamente avveduto ed informato, attento alle linee guida, non sarà rimproverabile quando l'errore sia lieve, ma solo quando esso si appalesi *rimarchevole*»²⁵.

Pare lecito supporre che presto la prassi applicativa dimostrerà l'esiguità della linea di confine tra adempimento infelice e inadempimento felice delle linee guida: il grado della colpa sembra comunque doversi individuare nell'incapacità del sanitario di valutare

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio-11 marzo 2013, n. 11493, e Id., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 6/2013, 691 e 692.

²¹ Ne consegue che l'effetto abrogativo legato all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012 riguarderà le sole ipotesi di colpa professionale del sanitario, e non anche quelle per negligenza e imprudenza.

²² Un'altra conferma dell'ambito di operatività dell'art. 3 legge Balduzzi è stata fornita dalla già citata ordinanza della Corte cost., n. 295/2013: «occorre anche considerare come, nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto — in accordo con la dottrina maggioritaria — che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia».

²³ V., in special modo, Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 1997, Azzini, in *Cass. Pen.*, 2000, 42, secondo la quale l'individuazione dei parametri di valutazione della colpa professionale del medico

non può riferirsi in alcun modo alla nozione civilistica di inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale: «la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali o economici, quali, appunto, quelli scaturenti dall'inadempimento, o non puntuale adempimento, di un rapporto di natura civilistica». Nondimeno, l'art. 2236 può rivendicare il ruolo sussidiario di parametro legale nelle ipotesi in cui l'interprete debba valutare la condotta di un medico che si sia imbattuto «in un caso eccezionale che gli abbia imposto la soluzione di problemi di particolare difficoltà per la dubbiosità della situazione, quanto a diagnosi, a terapie o ad azione d'intervento». In questo senso si erano già pronunziate, tra le altre, Cass., Sez. IV, 2 giugno 1987, Popa Boschi, e Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 1987, Mondonico, in *Cass. Pen.*, 1989, 68; Id., Sez. IV, 19 febbraio 1981, Desiato, *ivi*, 1981, 1171.

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, cit.

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, cit.

l'applicabilità delle regole ideali al caso reale, e di individuare strategie di cura alternative.

Resta da approfondire ciò che la stessa suprema Corte definisce il tema «più nuovo e oscuro»²⁶ dell'intera normativa in commento: la distinzione tra colpa lieve, penalmente irrilevante, e colpa grave del medico. È un confine cruciale e privo di appigli normativi, da cui ora discende imponderabile «l'essere o il non essere del reato»²⁷.

(Segue) *La colpa grave del sanitario*

La differenziazione tra colpa “lieve” e “grave” è, per molti aspetti, inedita nel panorama penalistico italiano, e tuttavia risale a controverse letture della colpa professionale formulate da decenni nella letteratura scientifica e nella prassi applicativa. Prima dell'entrata in vigore della legge Balduzzi, il supporto giuridico della delimitazione della colpa professionale alle condotte «incompatibili col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica»²⁸ era stato individuato — come già accennato in precedenza — nell'art. 2236 c.c. Tale orientamento nasceva dalla necessità, fatta propria anche dalla Corte costituzionale con la sent. 28 novembre 1973, n. 166²⁹, di non “paralizzare” con cautele troppo onerose l'attività medico-chirurgica in settori che richiedono elevati livelli di competenze.

La giurisprudenza più recente aveva, in verità, manifestato forti perplessità su una valutazione privilegiata dell'imperizia del medico, non ravvisando elementi di ragionevolezza nel trattamento di favore riservato al sanitario rispetto ad altre ipotesi di colpa professionale³⁰. Le perplessità erano — e sono tuttora — condivise da buona parte della letteratura penalistica. Vero è che alcuni Studiosi suggeriscono di delimitare la responsabilità del sanitario ai soli casi di colpa grave per tentare di arginare la proliferazione

incontrollata dei processi penali per colpa medica³¹, e che la *Proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico* elaborata dal Centro studi “Federico Stella” sulla giustizia penale e la politica criminale³² ha fornito indicazioni su una possibile definizione normativa di colpa grave del medico (modulata ora sulla *Leichtfertigkeit*, ora sulla *große Fabrlässigkeit* del sistema penale tedesco). Si è però osservato che una definizione legislativa di colpa grave del sanitario potrebbe risultare insidiosa sia per i margini di identificazione con la sola colpa cosciente del medico³³, sia per l'eccessiva restrizione della risposta sanzionatoria³⁴, sia infine perché una norma definitoria di questo tenore non sarebbe in sé incompatibile con la successiva creazione di autonome linee guida volte a ridefinire i limiti tipologici di una colpa “grave” (o, per contro, di una colpa “lieve”)³⁵.

La delimitazione della responsabilità penale del medico alle ipotesi di colpa grave sarebbe insomma discutibile e, per certi versi, poco coraggiosa: è dubbio, infatti, «che il significato sociale dell'attività medica sia a tal punto peculiare, rispetto ad altre, da legittimare, in tema di responsabilità per colpa, questa sola eccezione»³⁶.

Al momento, l'assenza di una definizione legale di colpa grave complica parecchio le cose, per quanto le definizioni normative non debbano essere sopravvalutate nella loro astratta portata chiarificatrice: al contrario, i primi tentativi italiani di cristallizzare la colpa grave del medico in una norma definitoria lasciano trapelare un'autentica difficoltà ontologica in tal senso. Nella versione più recente della *Proposta di riforma* prima citata, la definizione di colpa grave del medico si fondava su una condotta grandemente inosservante delle regole dell'arte, produttiva di un rischio irragionevole per la salute del paziente concretizzatosi nell'evento. Ora, una norma definitoria (*in iure periculo-*

²⁶ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, § 13. Sulla questione v. diffusamente Pulitanò, *Responsabilità medica*, cit., 15.

²⁷ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, cit., § 14.

²⁸ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, cit., § 6.

²⁹ Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. Cost.*, 1973, 1795. La Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 del codice penale, nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare. Secondo la Consulta, nondimeno, «siffatta esenzione o limitazione di responsabilità [...] non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità».

³⁰ *Supra*, nt. 23.

³¹ Per tutti, Di Landro, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*,

Torino, 2009, 18 e segg. Si mostrano, da ultimo, pienamente favorevoli all'introduzione della colpa grave come criterio — anche ordinario — di imputazione soggettiva Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 154 e segg., e Pulitanò, *Responsabilità medica*, cit.

³² L'elaborato del Progetto, nelle sue diverse stesure, è commentato in AA.VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del rischio clinico* a cura di Forti, Catino, D'Alessandro, Mazzucato, Varraso, Pisa, 2010.

³³ Così Canestrari, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 143.

³⁴ Giunta, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 155-156.

³⁵ Paliero, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 142. Sui perduranti problemi di determinatezza di una definizione normativa di colpa grave v. Fiandaca, in *Tavola rotonda*, cit., 134.

³⁶ È l'opinione di Romano, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 123.

sa?) incentrata su un avverbio generico come “grandemente” si presterebbe subito a valutazioni ermeneutiche graduali, o percentuali, non troppo diverse da quelle cui dà luogo l’indicazione “secca” della colpa lieve (o grave) contenuta nell’art. 3, comma 1, legge n. 189/2012, generando — in questa materia già così complessa — l’ennesimo circolo vizioso³⁷.

Giungono allora opportune le riflessioni della suprema Corte³⁸, ad avviso della quale non esistono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale: la colpa grave deve essere legata al grado della colpa ex art. 133 c.p., ovvero alla misura della divergenza tra il comportamento che il medico avrebbe dovuto tenere e quello effettivamente tenuto. Meno convincente appare invece il riferimento all’art. 61, n. 3, c.p., che ripropone l’equivoca sovrapposizione tra colpa grave e colpa con previsione dell’evento.

Al di là dei problematici riferimenti normativi, la colpa grave del sanitario consisterebbe in una «deviazione ragguardevole rispetto all’agire appropriato definito dalle standardizzate regole d’azione»: una dissociazione eclatante tra *standard* oggettivo e soggettivo del dovere di diligenza, che consente di ipotizzare ancora una volta una condotta medica ossimorica, ovvero diligente eppure dannosa oltre misura. Il dubbio sull’inconferenza del richiamo al rispetto puntuale delle linee guida in caso di colpa grave è, del resto, acutamente sottolineato dalla stessa Cassazione: «qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione. Si può ragionevolmente affermare che, in tale situazione, la colpa assumerà connotati di grave entità solo quando l’erronea conformazione dell’approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente».

Spaccio di stupefacenti

Cassazione penale, VI Sezione, 4 ottobre 2013 (ud. 18 luglio 2013), n. 41090 – Agrò Presidente – Di Stefano Relatore – Stabile P.M. (diff.) – Airano Imputato.

Cassa con rinvio App. Catanzaro, 4 luglio 2012.

Stupefacenti – Spaccio – Ipotesi attenuata del “fatto di lieve entità” – Criteri di valutazione della lieve entità – Necessità di interpretare la fattispecie attenuante alla luce del principio di proporzione

In materia di detenzione di sostanze stupefacenti destinate ad uso non esclusivamente personale, l’attenuante

Stiamo parlando di una colpa che presuppone l’allontanamento dalle regole codificate per concentrarsi su differenti criteri di valutazione, certo diversi da quelli (non) forniti dalla legge Balduzzi: la questione dell’individuazione del confine critico della colpa “non lieve” rimane drammaticamente aperta.

Le insidie dell’art. 3 tra tipizzazione fallace e discrezionalità illimitata

Troppo facile liquidare l’art. 3, comma 1, legge n. 189/2012 come un’occasione mancata: la norma affastella apprezzabili esigenze astratte di tassatività a una vastissima discrezionalità concreta del giudice, senza dar conto né della qualità delle linee guida, né del grado di colpa realmente idoneo a escludere la responsabilità penale del medico. Il tutto per tacere dei problemi di raccordo tra colpa lieve, responsabilità aquiliana e criteri di quantificazione del danno patrimoniale: se, ad es., un arto viene amputato per colpa “lieve” del medico, in quale misura sarà risarcibile una lesione personale gravissima?

La legge Balduzzi si fonda sul presupposto, condizionale, della restrizione qualitativa della responsabilità penale per colpa, ma genera vaghezza intollerabile sulla fonte delle linee guida e sui confini della punibilità, alimentando ancora una volta l’insidia della medicina difensiva.

Per l’interprete, che dà corpo a una norma senza corpo, due le alternative. La prima, semplicistica, è quella di automatizzare l’accertamento della colpa medica in presenza di linee guida “affidabili”, limitando l’eventuale efficacia scusante della dissociazione consapevole dalle linee guida a casi rari, se non eccezionali. La seconda, parafrasando le parole di Italo Calvino, esige attenzione e apprendimento continui: cercare e saper riconoscere i confini della libertà di cura tra tutela *del* medico e tutela *dal* medico, e farli durare, e dargli spazio.

del “fatto di lieve entità”, di cui al comma 5 dell’art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, deve essere interpretata alla luce del principio di proporzione, senza limitare il caso “lieve” al fatto assolutamente minimale di detenzione e cessione soltanto di pochissime dosi.

Stupefacenti – Spaccio – Ipotesi attenuata del “fatto di lieve entità” – Criteri di valutazione della lieve entità – Nozione di “piccolo spaccio” – Quantità della sostanza detenuta – Necessità di una valutazione complessiva del fatto

In materia di detenzione di sostanze stupefacenti desti-

³⁷ In argomento Civello, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa lieve e colpa grave*, cit., 16 e segg.

³⁸ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, cit., § 13.

nate ad uso non esclusivamente personale, i criteri di valutazione del “fatto di lieve entità” non possono essere esclusivamente quantitativi, ma debbono tener conto delle caratteristiche complessive del fenomeno qualificabile come “piccolo spaccio”. Conseguentemente, il parametro quantitativo della sostanza dovrà essere integrato con quello anche della redditività della condotta.

Stupefacenti – Spaccio – Ipotesi attenuata del “fatto di lieve entità” – Criteri di valutazione della lieve entità – Nozione di “piccolo spaccio” – Carattere non episodico della condotta – Concedibilità dell’attenuante anche nel caso di attività criminale organizzata o professionale

In materia di detenzione di sostanze stupefacenti destinate ad uso non esclusivamente personale, l’ipotesi attenuata del “fatto di lieve entità” non può essere esclusa per la sola ragione che si tratti di condotta non episodica ma inserita in attività criminale organizzata o professionale, come si desume inequivocabilmente dal comma 6 dell’art. 74 D.P.R. n. 309/1990 che prevede un’attenuante per l’ipotesi di associazione finalizzata alla commissione di fatti di detenzione e cessione di “lieve entità” (cioè di piccolo spaccio, ancorché organizzato).

(Massime non ufficiali)

Omissis — Ritenuto in fatto: 1. A.F. propone ricorso a mezzo del proprio difensore avverso la sentenza della Corte di Appello di Catanzaro del 4 luglio 2012 che ne confermava la condanna emessa in sede di giudizio abbreviato dal gip del Tribunale di Cosenza per la detenzione a fine di spaccio di circa 50 g di hashish nonché per la coltivazione di cinque piante di canapa indiana, rilevando la carenza di motivazione della predetta sentenza, in particolare quanto alla assenza di adeguata giustificazione per il diniego della attenuante di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, nonché la assenza di prova della destinazione della sostanza ad uso di terzi.

Considerato in diritto: 2. Il ricorso è fondato nei limiti di cui appresso.

3. Va innanzitutto brevemente osservato che il tema della assenza di prova della destinazione della sostanza alla cessione a terzi, che il ricorrente pone sotto il profilo della presunta carenza motivazionale della sentenza impugnata, è chiaramente infondato avendo i giudici di merito adeguatamente dato conto dei vari indici in grado di dimostrare che la droga detenuta era destinata alla vendita; né, peraltro, il ricorrente ha sviluppato argomenti puntuali per ritenere il vizio logico di tale motivazione, non restando quindi profili valutabili dal giudice di legittimità che non può ripetere valutazioni fattuali di esclusiva competenza del giudice di merito.

È invece fondata l’altra questione posta dal ricorso poiché effettivamente la sentenza impugnata non è motivata adeguatamente in ordine alle ragioni per escludere la sussistenza dell’attenuante di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, oggetto di specifica richiesta della difesa.

5. La Corte di Appello, nel confermare la decisione di primo grado, ha ritenuto determinante per escludere il caso di “lieve entità” “la notevole quantità di dosi... tale da

soddisfare un ampio numero di consumatori all’interno del relativo mercato illecito, con discendente pericolo concreto di ampia diffusione di quello stupefacente sul territorio” e la “... intraneità ad ambienti delinquenziali professionalmente dediti all’approvvigionamento di stupefacenti”, quest’ultima dimostrata, secondo la Corte di merito, dallo stesso ricorrente con la sua scelta di tacere sul modo di approvvigionarsi dello stupefacente.

6. Secondo il provvedimento impugnato, quindi, l’ipotesi attenuata di cui all’art. 73, comma 5, L. cit., non ricorre laddove vi sia detenzione di droga ad uso di cessione a terzi in quantità utile a ricavare un rilevante numero di dosi ed il reo abbia collegamenti con ambienti criminali operanti “professionalmente” nel settore della droga.

7. Per valutare l’adeguatezza di tale motivazione è necessario innanzitutto determinare l’ambito di applicazione della attenuante in questione, sia individuando parametri di quantità della droga che per valutare se l’ipotesi attenuata vada sempre esclusa laddove il fatto per il quale si procede si collochi nell’ambito di una attività criminale organizzata; se così fosse, effettivamente, per escludere l’attenuante, sarebbe sufficiente il pur generico richiamo di un tale collegamento delinquenziale come si legge nella sentenza impugnata.

8. Il tema della “lieve entità” risulta più volte affrontato dalla giurisprudenza di questa Corte che ne ha valutato la caratteristica di aggravante oggettiva, riferibile alle modalità dell’azione e non alla condotta del singolo, ritenendo quindi che l’ipotesi attenuata non ricorra laddove sia superato anche uno solo dei parametri della norma (che, si ricorda, sono “... mezzi,... modalità... circostanze dell’azione... qualità e quantità delle sostanze”).

9. Il carattere oggettivo dell’attenuante (per tutte: Cass. 6[^], 27 settembre 2011 PG c/ Ambroselli) comporta quindi che “lieve” debba essere il fatto e non la condotta del singolo; quindi non può applicarsi in ragione delle condizioni soggettive o di un minore apporto del singolo nel reato in concorso.

10. Va quindi definito — nei limiti in cui possa darsi una indicazione generale rispetto ad una disposizione che non indica parametri ben predeterminati e rigidi — quale sia la possibile entità del fatto di droga attenuato e se il reato possa ritenersi lieve anche laddove la condotta oggetto del giudizio non sia isolata ma si ponga nel contesto di una attività a carattere continuativo e “professionale”, come affermato nel provvedimento impugnato.

11. Si ritiene innanzitutto utile richiamare una non recente sentenza che, nel l’affronta re il tema dei limiti della ipotesi attenuata, osservava come la lettura della disposizione in questione, nell’ambito del complessivo sistema penale, evidenziasse che, per la pena edittale prevista, il fatto disciplinato quale “lieve” non possa, nella lettura letterale e sistematica, consistere in una condotta assolutamente minima quanto alla droga trattata ed alla occasionalità della condotta: “Sez. 6[^] — Ud. 17 maggio 1994 (dep. 14 giugno 1994) — Pres. Di Gennaro — Rel. Felicetti — P.M. Tranfo (conci, diff.) — Vizza...”

Il dato sistematico impone di tener conto innanzitutto che l’ipotesi lieve di spaccio è punita, per le droghe pesanti, con la pena della reclusione da uno a sei anni e della multa da 5 a 50 milioni di lire e, per le droghe leggere, della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da due a venti milioni di lire: con pene cioè che, per i massimi previsti, in relazione a quelli contemplati generalmente nel

nostro sistema penale, rendono necessaria un'interpretazione non restrittiva del carattere lieve del fatto...

Ne deriva che il fatto di lieve entità rispetto a fattispecie altrimenti punibili con pene che possono andare da otto a venti anni di reclusione e da cinquanta a cinquecento milioni di multa, deve essere individuato con criteri interpretativi che consentano di rapportare in modo razionale la pena al fatto, tenendo conto di quel criterio di ragionevolezza che s'impone tanto al legislatore quanto all'interprete, imponendo l'art. 3 Cost., in materia penale, la proporzione fra la quantità e la qualità della pena e l'offensività del fatto.

Pertanto il giudice di merito, nel valutare fattispecie di spaccio di sostanze stupefacenti, non può negare la sussistenza dell'ipotesi lieve di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, senza tener conto, oltre che della quantità e qualità delle sostanze, anche dei mezzi, delle modalità e delle circostanze dell'azione e non può comunque negarla ove il reato, nella sua componente oggettiva e soggettiva, non assuma una consistenza tale da rendere proporzionata al fatto — secondo il sopra indicato criterio di ragionevolezza — la pena minima altrimenti applicabile ai sensi dell'art. 73, commi 1 e 4, (a seconda del tipo di droga)".

12. Tali osservazioni, che non trovano particolare diversità nell'attuale misura delle sanzioni (sono state aggravate ulteriormente per le droghe "leggere", parificate a tutte le altre, ed invece mitigate leggermente per le droghe "pesanti"), sono tuttora valide: la stessa entità delle pene per l'ipotesi "lieve", nonché la forbice tra minimo e massimo, che pur resta notevole, fanno già escludere che si possa limitare il caso "lieve" al fatto assolutamente minimo, limitato alla ipotesi di detenzione e cessione di pochissime dosi, ritenendolo del tutto marginale rispetto alle comuni ipotesi di "apprezzabile" attività di spaccio.

13. E la conferma di quale debba essere l'interpretazione corretta dell'art. 73, comma 5, L. cit., è data dall'interpretazione, assolutamente letterale, della disposizione in tema di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di droga (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74).

14. Il comma 6, di tale articolo esclude che l'ambito di applicabilità della predetta attenuante sia quello "minimalista" di detenzione di pochissima droga e comunque di condotta occasionale o sostanzialmente episodica; e non consente di ritenere ostativa all'attenuante il mero dato della "professionalità" dell'attività di spaccio (Cass. 6[^], 29/05/2008, PM c/o Lataj).

15. Difatti secondo tale disposizione, l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti è configurabile anche quando i reati fine siano tutti rientranti nella ipotesi attenuata: "Se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dall'art. 73, comma 5, si applicano il primo e l'art. 416 c.p., comma 2". Per tale ipotesi di associazione "minore", coerentemente, la norma prevede sanzioni più moderate.

16. Rammentato, quindi, che la caratteristica di qualsiasi ipotesi di associazione per delinquere, ivi compresa quella ex art. 74, L. cit., è l'accordo per la commissione di una serie indeterminata di reati — evidentemente da commettere in un arco di tempo non predeterminato — la conseguenza logica è che l'ipotesi attenuata sia configurabile certamente anche quando i reati fine siano 1) compiuti da più persone e 2) tali condotte facciano parte di un programma indeterminato di reiterazione di analoghi reati. Ovvero: il reato di spaccio di droga di lieve entità è configurabile anche in casi in cui, indiscutibilmente, tale con-

dotta si inserisca nello svolgimento di attività criminale "organizzata" e "professionale".

17. Va anche rammentato che il fenomeno tipico dello spaccio valutato dal legislatore è quello dello svolgimento al fine del diretto profitto economico. Perciò l'esercizio "professionale" è proprio il caso ordinario di attività associativa (compresa quella dell'art. 74, comma 6, L. cit.), restando solo marginali (e del resto difficili da ipotizzare) i casi di associazioni non funzionali al procacciamento di reddito per i soggetti che vi partecipino.

18. Inoltre, nell'ambito dei reati fine della associazione finalizzata a reati fine attenuati, non può non rientrare anche l'attività di contemporanea detenzione, a seguito di approvvigionamento della merce da vendere, di una più apprezzabile scorta della droga necessaria per la distribuzione ulteriore ai consumatori finali. Pertanto è la stessa norma di cui all'art. 74, comma 6, L. cit. che dimostra come, tra i fatti che rientrano nella ipotesi attenuata dell'art. 73, comma 5, L. cit., vi sia anche il possesso di una quantità di droga corrispondente ad un numero tutt'altro che minimo di dosi.

19. Una interpretazione che escludesse la possibilità di ricomprendere nella ipotesi attenuata anche un "discreto" quantitativo di droga finirebbe per affermare la sostanziale "auto-abrogazione" del citato art. 74, comma 6, L. cit. che non risulterebbe di fatto quasi mai applicabile laddove dovesse escludersi ogni possibilità di ritenere ipotesi attenuata l'accumulo di una quantità di droga funzionale ad una pluralità di vendite al dettaglio.

20. In conclusione, la disposizione in tema di reato associativo dimostra che l'ipotesi attenuata di cui all'art. 73, L. cit. ben può ricorrere in caso di "reiterazione" nel tempo delle attività di spaccio; e/o di possesso di un "non indifferente" numero di dosi; e/o nel caso in cui lo spaccio sia posto in essere grazie alla organizzazione di più persone e che possa essere definito "professionale".

21. Così dimostrato che la soglia dell'ipotesi attenuata non vada confinata nel predetto ambito "minimalista", resta il problema della corretta individuazione di tale soglia in conseguenza dell'uso, nella legge droga, di concetti assai generali per distinguere le varie ipotesi.

22. Si tratta, peraltro, di un problema comune ad altre disposizioni della stessa legge; si rammenta che, per definire l'"ingente quantitativo" di droga per il quale l'art. 80, L. cit., prevede un forte aumento di pena, si è reso necessario il recente intervento delle Sezioni Unite di questa Corte che hanno dovuto individuare un più preciso parametro numerico.

23. Invero una ragionevole lettura della norma, anche alla luce della disciplina dell'art. 74 6[^] comma 1. cit., dimostra che la legge non ha inteso individuare con l'art. 73, comma 5, L. cit. un fatto caratterizzato da specifici e rigidi parametri quantitativi, come dimostra anche la circostanza che, pur se il D.P.R. n. 309 del 1990, prevede, ad altro fine, la individuazione di specifici parametri quantitativi per le varie droghe, non li ha utilizzati per distinguere l'ipotesi lieve, come sarebbe stato ragionevole se si fosse trattato di una mera questione di quantità.

24. La norma ha invece inteso disciplinare diversamente i tipici fenomeni criminali che ricorrono nell'ambito dei reati di droga.

25. Va difatti considerato che l'attenuante in questione è collocata in una normativa che interviene a reprimere fenomeni criminali diffusi e noti; nel più ampio genere delle

condotte di traffico di droga, la norma, con la diversa disciplina del fatto di “lieve entità”, intende differenziare il ben chiaro fenomeno del “piccolo spaccio”. Ovvero, distingue la attività di spaccio di stupefacenti caratterizzata dalla limitata quantità di droga oggetto delle singole operazioni di vendita in favore del consumatore finale, non superiore tutt’al più a poche dosi, e dal limitato numero di operazioni di vendita nel dato intervallo di tempo.

26. Il “piccolo spaccio” è caratterizzato quindi da una complessiva minore portata delle attività dello spacciatore e dei suoi eventuali complici, con una ridotta circolazione di merce e di denaro, e guadagni limitati; è una condotta che ricomprende anche la detenzione di una provvista per la vendita che comunque non sia superiore, a seconda del valore delle sostanze, a dosi conteggiate a “decine”. Sotto quest’ultimo profilo, su cui si tornerà, deve essere valorizzato il valore economico (di mercato “nero”) della sostanza; se parametro di individuazione del “piccolo” spaccio è anche la sua redditività, è evidente che il venditore di sostanze di minore valore (quali i derivati della cannabis) debba commerciare un maggior numero di dosi rispetto al venditore di sostanze di maggiore valore.

Pur a fronte della apparente diversità quantitativa delle due ipotesi concrete ipotizzabili, il fenomeno resta di “piccolo spaccio”.

27. Queste conclusioni trovano corrispondenza letterale nella disposizione in esame, una volta chiarito che questa ben si applica anche ad attività organizzate.

28. L’art. 73, comma 5, L. cit., prevede infatti un esame “complesso” della fattispecie per apprezzarne la “levità” e, del resto, congiunge la valutazione della “quantità” della sostanza a quella della sua “qualità”. Come già ampiamente ritenuto da questa Corte, quindi, anche lo scostamento da uno solo dei vari parametri comporta che si è di fuori dal fenomeno criminale del “piccolo spaccio”:

29. “È pacifico, infatti, che, in tema di sostanze stupefacenti, ai fini della concedibilità o del diniego della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, il giudice è tenuto a complessivamente valutare tutti gli elementi indicati dalla norma, sia quelli concernenti l’azione (mezzi, modalità e circostanze della stessa), sia quelli che attengono all’oggetto materiale del reato (quantità e qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa): dovendo, conseguentemente, escludere la concedibilità dell’attenuante quando anche uno solo di questi elementi porti ad escludere che la lesione del bene giuridico protetto sia di lieve entità. E in un tale contesto valutativo, ove la quantità di sostanza stupefacente si riveli considerevole, la circostanza è di per sè sintomo sicuro di una notevole potenzialità offensiva del fatto e di diffusibilità della condotta di spaccio Sez. 4, n. 22643 del 21/05/2008 — dep. 05/06/2008, Frazzitta, Rv. 240854 Sostanzialmente nello stesso senso, tra le varie, “Sez. 6, n. 39931 del 16/10/2008 — dep. 24/10/2008, Zagnoli, Rv. 242247, Sez. 1, n. 4875 del 19/12/2012 — dep. 31/01/2013, Abate e altri, Rv. 254194”.

30. Perciò, anche laddove si individui una quantità minima di droga ma tale singola attività risulti connessa ad una attività di traffico di maggiore rilievo, non si potrà applicare la sanzione minore prevista per il piccolo spaccio; in tal caso soccorrono i criteri legali diversi dalla “quantità”, ovvero i “mezzi” e dalla “modalità” dell’azione.

31. Allo stesso modo, non potrà ritenersi rientrare nell’ipotesi attenuata una detenzione di droga in quantità superiore ad una soglia ragionevole, anche laddove non siano

evidenziate particolari mezzi e modalità dell’azione, è la stessa “quantità” che, da sola, non consente di ipotizzare che il detentore svolga attività di piccolo spaccio.

32. Dovendosi individuare non una “quantità” bensì gli indici di un’attività limitata entro il piccolo spaccio, l’attenuante non potrà essere limitata all’equivalente di poche o pochissime dosi, dovendovi rientrare, come detto, anche il possesso di una provvista finalizzata ad una piccola ma comunque proficua attività di vendita di droga al dettaglio.

33. In conclusione, per quanto qui di interesse concreto, si ribadisce innanzitutto come sia erroneo valutare genericamente il carattere organizzato dello spaccio quale caso di esclusione dell’attenuante.

34. Dovrà invece se gli elementi acquisiti facciano ritenere che si sia in presenza di una attività di “piccolo spaccio”; a tale fine è necessario anche tenere conto del possibile guadagno, distinguendo l’ipotesi attenuata anche in ragione del valore della sostanza in vendita. Ad esempio, il possesso di 50 o 100 dosi di marijuana, tenuto conto dello scarso valore economico e del minore guadagno garantito, laddove appaia tutta la sostanza detenuta per la vendita, fa ritenere che si sia nell’ambito del piccolo spaccio. Diversamente, 100 dosi di cocaina, di ben maggior valore di mercato, e che l’accusato sia in grado di vendere al dettaglio in breve tempo, indicano una attività che non rientra certamente nel piccolo spaccio.

35. Ma la stessa quantità citata di marijuana, laddove non corrisponda invece alla piena individuazione della “provvista” complessiva ma ne rappresenti una piccola frazione, sulla scorta della valutazione degli altri parametri dell’art. 73 5^a comma dpr 309.90, ben può dimostrare (se vi è prova in tale senso di “mezzi” e “modalità”) l’ipotesi ordinaria.

36. Queste ultime affermazioni sono le concrete premesse per definire il caso in esame. La sentenza impugnata motiva il diniego della attenuante, a fronte dell’unica circostanza oggettiva della quantità di stupefacente in sequestro, senza alcun serio approfondimento del tema della sussistenza di una ipotesi di piccolo spaccio con conseguente applicabilità della attenuante richiesta.

37. Peraltro le argomentazioni dei giudici di merito in ordine alla quantità della droga sono generiche laddove, a fronte di un quantitativo oggettivamente non elevato, se ne afferma la idoneità a rifornire un ampio numero di consumatori senza valutare se tale “ampio numero” non sia comunque compatibile con l’ambito di attività che la predetta attenuante riserva al fenomeno del “piccolo spaccio”.

38. Quanto alla affermazione generica dell’inserimento nella vicenda nell’ambito di rapporti con altri contesti criminali dediti al rifornimento di stupefacente, manca anche qualsiasi approfondimento per poter ritenere che tale situazione sia indice di un più rilevante traffico di droga. Peraltro anche il soggetto responsabile di una ipotesi attenuata, ancor di più laddove operi in forma associata, deve comunque rapportarsi all’ambiente criminale in grado di rifornirlo.

39. Inoltre, poiché il ricorrente è stato condannato anche per il possesso di piante di canapa indiana, elemento fattuale quest’ultimo che introduce la ragionevole possibilità di produzione in proprio della sostanza da vendere, la sentenza, che ritiene certo il rapporto con terzi fornitori di droga, non giustifica perché vada esclusa tale autonoma produzione.

40. Pertanto si impone l’annullamento con rinvio perché venga valutato, sulla scorta dei fatti accertati, se ricorra, alla

stregua dei principi sopra esposti, l'attenuante richiesta dalla difesa.

43. Va anche rilevata la necessità che il giudice di rinvio, nell'individuare le possibili prove del rapporto con ambienti criminali tale da rendere la vicenda sintomatica di un più grande traffico di droga, escluda il rilievo dato nella sentenza impugnata al "silenzio" dell'imputato.

44. La Corte di Appello, nel confermare la decisione di primo grado, ha ritenuto significativo il "silenzio serbato dall'imputato sulle modalità di acquisizione dello stupefacente" in quanto sintomo "...di intraneità ad ambienti delinquenti professionalmente dediti all'approvvigionamento di stupefacenti".

45. La sentenza impugnata commette un duplice errore nel ritenere che la prova dei contatti criminali sia stata offerta dallo stesso ricorrente con il suo tacere sul modo di approvvigionarsi dello stupefacente.

46. Innanzitutto, non ricorrono i limitati casi in cui questa Corte riconosce significatività al silenzio dell'imputato (si vedano, tra le altre, Cass. 1[^], sent. 2653 del 23.1.12, Cass. 2[^], sent. 22651 del 14.6.10; Cass. 5[^], sent. 12182 del 6.4.06); nel caso di specie la Corte di Appello ha fatto esattamente ciò che è stato vietato dal nostro ordinamento processuale: ha ritenuto che la "omertà", ovvero il rifiuto di indicare le proprie fonti di approvvigionamento, sia utilizzabile quale prova diretta dei rapporti con ambienti di crimine organizzato. Un secondo errore è la scarsa logicità di tale affermazione; se è vero che un soggetto legato a grandi trafficanti possa, per spirito omertoso, tacere sui rapporti con gli stessi, non è però affatto vero l'inverso, ovvero che colui che tali legami non li abbia intenda sempre indicare chi siano i suoi, ancorché occasionali, fornitori.

47. Pertanto, se del caso, il giudice di rinvio dovrà indicare diverse prove dei collegamenti con ambienti delinquenti, laddove ritenga tali collegamenti esistenti e significativi per escludere l'attenuante richiesta.

48. In tali sensi la sentenza deve essere annullata e rinviata per nuovo esame. — *Omissis*.

Il piccolo spaccio di stupefacenti può essere organizzato

Premessa. La sentenza in commento ha ad oggetto una fattispecie concreta tanto lineare quanto statisticamente diffusa, consistente nella detenzione di circa 50 grammi di *hashish* destinati ad uso non esclusivamente personale. Sia il giudice di prime cure che quello d'appello negavano la concessione dell'attenuante del "fatto di lieve entità", prevista dal comma 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990 ed espressamente richiesta dalla difesa, sulla base di due argomenti distinti ma convergenti nella complessiva valutazione del fatto. Si riteneva, da un lato, che la «notevole quantità di dosi [fosse] tale da soddisfare un ampio numero di consumatori all'interno del relativo mercato illecito, con discendente pericolo concreto di ampia diffusione di quello stupefacente sul territorio». Dall'altro lato, si sottolineava come risultasse accertata l'«intraneità [dell'imputato] ad ambienti delinquenti professionalmente dediti all'approvvigionamento di stupefacenti». Di conseguenza, la valutazione com-

plexiva del fatto, come prevista dalla ricordata disposizione, impediva, a parere di entrambi i giudici del merito, di riconoscere la sussistenza dell'attenuante.

La Cassazione, ritenendo generica la motivazione della sentenza impugnata su entrambi gli aspetti, percorre un itinerario argomentativo che, pur non discostandosi sostanzialmente da un rilevante filone giurisprudenziale (cfr. di recente Cass., Sez. VI, 29 maggio 2008, Lataj, in *C.E.D. Cass.*, n. 240569; Id., Sez. VI, 1^o luglio 2010, Moutawakkil, *ivi*, n. 249369), si rivela particolarmente articolato e indubbiamente interessante soprattutto perché perviene ad una sorta di vero e proprio ribaltamento dell'argomento apparentemente più forte dei giudici di merito (e, si può supporre, della pubblica accusa). In effetti, la suprema Corte, proprio muovendo dalla dimensione "professionale" od "organizzata" dell'attività di piccolo spaccio, arriva a concludere che il pur fondamentale criterio quantitativo deve essere utilizzato non in modo assoluto, ma parametrandolo per l'appunto sulle caratteristiche non esclusivamente individuali dell'attività di spaccio. E, in considerazione del carattere organizzato e professionale dell'attività, si può ben considerare del tutto consequenziale riconoscere l'ipotesi attenuata anche in presenza di quantità "non minimali" in quanto costituenti la ragionevole provvista necessaria allo svolgimento del piccolo spaccio organizzato. Rimanendo, peraltro, fin d'ora evidente come tutta la costruzione venga a dipendere da una nozione di piccolo spaccio non più identificabile solo per mezzo delle soglie quantitative delle sostanze e nemmeno ricavabile in via definitiva dalla disposizione dell'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990, notoriamente costruita in chiave di larga discrezionalità.

Venendo ad un'analisi più dettagliata della sentenza, va detto che sono sostanzialmente due gli argomenti utilizzati dalla Cassazione: il primo si fonda sul principio di proporzione; il secondo si basa su un confronto sistematico tra l'art. 73, comma 5, e l'art. 74, comma 6, D.P.R. n. 309/1990.

Il principio di proporzione. Forse generico ma certo molto significativo è il richiamo che la Corte fa al fondamentale principio di proporzione per porre una premessa interpretativa, costituzionalmente vincolante a norma dell'art. 3 Cost. In sostanza, considerate le pene stabilite per l'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità alla luce dell'intero nostro sistema delle comminatorie edittali, esse si rivelano di consistenza così rilevante (reclusione da uno a sei anni e multa da euro 3.000 a euro 26.000) da escludere che la fattispecie attenuata possa essere "ragionevolmente" interpretata in senso restrittivo.

Vale la pena di aggiungere al riguardo che, in primo luogo, l'uso del canone interpretativo costituito dal principio di proporzione si presenta tanto più significativo quanto più il nostro legislatore ricorre con sempre maggiore frequenza a comminatorie edittali davvero esorbitanti, secondo una tendenza che va conso-

lidandosi nel fornire sovente una risposta sanzionatoria simbolicamente forte ma per altri versi molto discutibile. La scoperta delle potenzialità interpretative del principio di proporzione, se da un lato può consentire al sistema di non perdere troppo di ragionevolezza, dall'altro lato apre una via lungo la quale si possono alimentare tensioni tra la giurisprudenza e il potere legislativo. E certo il campo della disciplina degli stupefacenti è uno di quelli più fecondi per questo tipo di tensioni, viste e considerate le inclinazioni del recente legislatore a disciplinare il fenomeno in modo marcatamente repressivo, anche rispetto a manifestazioni criminologicamente non riconducibili alla "grande" criminalità".

Il richiamo al principio di proporzione, inoltre, è oggi imposto anche dall'art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali, richiamata dall'art. 6 del Trattato dell'Unione europea ed avente lo stesso valore giuridico dei trattati. Si profila, dunque, un'ulteriore fonte dell'obbligo per il giudice nazionale di interpretazione conforme al principio di proporzione (cfr. per tutti Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 43 e segg.). E, se è certamente da escludere la possibilità per il giudice di una disapplicazione diretta della norma interna eventualmente in contrasto con quel principio, si apre però uno spazio ben definito sia per una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Lussemburgo, almeno nelle materie di competenza dell'Unione, sia per una questione di costituzionalità alla luce del parametro della proporzione, probabilmente più stringente di quello della "nostra" ragionevolezza (cfr. Bertolino, *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2013, 1253 e segg.).

Il richiamo all'art. 74, comma 6, D.P.R. n. 309/1990.

L'argomento sicuramente determinante per concludere che l'attenuante del fatto di lieve entità non può essere esclusa sulla sola base del carattere organizzato o professionale dell'attività di spaccio, è costituito dal richiamo al comma 6 dell'art. 74 D.P.R. n. 309/1990, ove si stabilisce espressamente un trattamento sanzionatorio più attenuato per l'associazione criminosa finalizzata al compimento di fatti di spaccio di lieve entità. Si tratta, per la verità, di argomento sistematico non ignoto alla precedente giurisprudenza (cfr., per un'analisi dettagliata, Grillo, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Milano, 2012, 202 e segg.) e risolutivo. In effetti, se la "dimensione associativa" fosse di per sé sufficiente ad escludere la lieve entità dei fatti di spaccio, ne verrebbe — come puntualmente osserva la Corte — una sorta di abrogazione implicita dell'art. 74, comma 6, D.P.R. n. 309/1990 per l'impossibilità di configurare i reati fine della fattispecie associativa attenuata. Con l'ulteriore conseguenza che le ipotesi normative di piccolo spaccio configurate dal comma 5 dell'art. 73 non potrebbero

che essere "individuali", con un'evidente forzatura della realtà criminologica.

Acquisito ciò, il passaggio successivo è quello decisivo, anche per le implicazioni che ne discendono sul criterio fondamentale di valutazione della lieve entità del fatto, cioè quello quali-quantitativo della sostanza detenuta. In effetti, dalla premessa della dimensione anche associativa del piccolo spaccio la Corte trae una conseguenza a proposito della soglia quantitativa del piccolo spaccio individuale, che non appare logicamente imposta e necessaria. Muovendo dall'idea, del tutto fondata nell'esperienza criminologica, che proprio la forma associativa possa comportare la detenzione da parte del singolo di quantità "non piccole", la Corte ritiene conseguentemente applicabile l'attenuante in modo non restrittivo, anche alla detenzione di quantità suscettibili di produrre più dosi.

Ebbene, pur ammettendo che il carattere associativo non sia di per sé ostativo al riconoscimento dell'attenuante dell'art. 73, comma 5, ciò non esclude automaticamente che l'ipotesi attenuata dell'art. 74, comma 6, possa essere circoscritta ai casi in cui i reati fine di spaccio individuale si riferiscano comunque a quantità minime. Insomma, la soluzione patrocinata dalla Cassazione comporta che il criterio quantitativo per individuare il fatto di lieve entità ex art. 73, comma 5, non sia unico (a parità di caratteristiche qualitative della sostanza), ma duplice a seconda del carattere individuale o associativo dello spaccio. Siffatta conclusione merita due osservazioni di commento.

In primo luogo, dal punto di vista interpretativo e — meglio ancora — esegetico, la ritenuta "variabilità" del parametro quantitativo non è affatto in contrasto col tenore letterale della disposizione. In effetti, come si sa, il comma 5 dell'art. 73 prevede tutta una serie di criteri (qualità e quantità delle sostanze, ma anche modalità e circostanze dell'azione), che debbono concorrere insieme in una valutazione globale e largamente discrezionale del fatto di lieve entità. Così che niente esclude che tra i vari parametri si instaurino delle reciproche influenze, nel senso che la soglia di uno di essi muti al mutare delle caratteristiche prese in considerazione dagli altri criteri. Insomma, la caratteristica della dimensione associativa, costitutiva del criterio delle "modalità e circostanze dell'azione", può influire sulla soglia quantitativa della lieve entità del fatto. Il che non vuol dire negare l'assunto consolidato per cui il superamento o l'assenza anche di uno solo di quei parametri comporta l'inapplicabilità dell'attenuante (v. sul punto Amato, *Le circostanze attenuanti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* a cura di Caputo, Fidelbo, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto da Palazzo, Paliero, IX, Torino, 2012, 386), essendo ovvio che — nella prospettiva fatta propria dalla Cassazione — la soglia del parametro quantitativo va intesa in modo relativo (alla dimensione individuale o associativa del fatto).

In secondo luogo, da un punto di vista più generale, è chiaro che la "relativizzazione" del parametro quan-

titativo conduce all'allentamento di uno dei cardini fondamentali della fattispecie di piccolo spaccio, anche per la conseguente difficoltà o impossibilità di avvalersi come indicatori delle soglie quantitative legislativamente fornite seppure ad altri fini (cfr. Amato, *op. cit.*, 376). In sostanza, la relativizzazione del dato quantitativo conduce alla valorizzazione degli altri elementi di riferimento, costituiti dalle "modalità e circostanze dell'azione", senza dubbio dotate di minore determinatezza e dunque di minore capacità euristica del "significato" e dei caratteri del piccolo spaccio. Ed è per questo che la Cassazione introduce, a questo punto e non per caso, un particolare elemento di definizione della fattispecie attenuata desunto dalla realtà criminologica. Si tratta di una caratteristica su cui certo la Cassazione non indugia molto, sebbene appaia con una certa chiarezza in alcuni passaggi della motivazione. Questa caratteristica del piccolo spaccio è la sua "redditività", che alla Corte serve — in verità — per poter escludere che la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, si esaurisca nella detenzione o cessione di pochissime dosi di sostanza stupefacente: se, infatti, lo spaccio ancorché "piccolo" nella realtà criminologica s'inserisce in un'attività di tipo professionale, è ovvio che esso debba garantire una certa redditività al suo autore e, dunque, possa esser compatibile col commercio di un certo numero di dosi. Testualmente la Cassazione afferma che «dovendosi individuare non una "quantità" bensì gli indici di un'attività limitata entro il piccolo spaccio, l'attenuante non potrà essere limitata all'equivalente di poche o pochissime dosi, dovendovi rientrare [...] anche il possesso di una provvista finalizzata ad una piccola ma comunque proficua attività di vendita di droga al dettaglio».

La suprema Corte si avvale poi della nozione di "redditività" dello spaccio anche ad un altro fine, che è quello di differenziare la quantità, la cui detenzione è compatibile col comma 5 dell'art. 73, a seconda della diversa natura della sostanza. Posto che il criterio alla fine determinante è la redditività, una medesima redditività si può avere pur variando il numero di dosi possedute, a seconda che si tratti di droghe "leggere" o "pesanti": è chiaro, infatti, che per raggiungere un determinato reddito sarà necessaria la vendita al dettaglio di un numero di dosi di droghe leggere ben superiore a quello che sarebbe necessario vendere allorché si tratti di droghe pesanti. Dice la Corte: «deve essere valorizzato il valore economico (di mercato "nero") della sostanza: se parametro di individuazione del "piccolo" spaccio è anche la sua redditività, è evidente che il venditore di sostanze di minore valore (quali i derivati della *cannabis*) debba commerciare un maggior numero di dosi rispetto al venditore di sostanze di maggior valore. Pur a fronte della apparente diversità quantitativa delle due ipotesi concrete ipotizzabili, il fenomeno resta di "piccolo spaccio"». Sotto il profilo esegetico, siffatta operazione interpretativa della Cassazione, di relativizzazione del parametro quantitativo, appare del tutto legittima in ragione della locuzione legislativa in cui quantità e qualità della

sostanza sono accostati come criteri cumulativi e dunque reciprocamente condizionanti.

Una nozione "realistica" del piccolo spaccio. Avviandoci a concludere queste note, si può dunque dire che i criteri utilizzati dalla Cassazione per individuare il piccolo spaccio sono sostanzialmente due: quello della vendita al dettaglio delle dosi e quello di una certa redditività dell'attività di vendita. Sono questi i criteri che devono guidare l'ampia discrezionalità conferita dai vari indici di cui all'art. 73, comma 5, i quali in effetti, più che parametri valutativi, sono dati fattuali in sé e per sé sostanzialmente neutri.

Se il criterio della vendita al dettaglio è sufficientemente chiaro nella sua nozione, più incerto rimane il criterio della redditività, sul quale in verità la Corte non spende molte parole chiarificatrici. Si può qui sinteticamente ipotizzare che il discrimine tra la redditività del piccolo spaccio e quella del traffico in grande stile corra lungo il seguente discrimine. Mentre la redditività di quest'ultimo si risolve in realtà in un vero e proprio arricchimento e accumulazione di ricchezza, la redditività del piccolo spaccio è invece quella che consente più semplicemente il sostentamento del soggetto (ed eventualmente il suo consumo personale) nonché delle persone della sua famiglia, senza accumulo di ricchezza. Una simile distinzione corrisponde in effetti alla nozione criminologica del piccolo spaccio inteso quale attività abituale e in un certo senso "professionale" di figure secondarie ed "ultime" nella catena della commercializzazione.

Vero tutto ciò, ne vengono conclusivamente due conseguenze. In primo luogo, l'opera interpretativa della giurisprudenza ha contribuito a "riempire" la nozione discrezionalmente vuota dell'art. 73, comma 5, plasmandola sulla realtà. In secondo luogo, la nozione di piccolo spaccio così profilata non pare delinearne tanto un tipo di fatto in sé concluso ed episodico, quanto piuttosto richiamare un vero e proprio stile di vita, un'attività, un fenomeno criminologico, di cui il singolo fatto perseguito e giudicato è solamente una manifestazione. Ne è chiara prova la relativizzazione del parametro quantitativo, di cui già s'è detto, ma soprattutto un'affermazione incidentale ma molto espressiva presente nella sentenza che si commenta: non si tratta, dice la Corte, di «una mera questione di quantità», poiché «la norma ha invece inteso disciplinare diversamente i tipici fenomeni criminali che ricorrono nell'ambito dei reati di droga».

Il decreto legge recentemente approvato del Governo (art. 2 D.L. 23 dicembre 2013, n. 146) e col quale si trasforma la previsione dell'art. 73, comma 5, da ipotesi circostanziata (Amato, *op. cit.*, 378; Grillo, *op. cit.*, 193) a nuova fattispecie autonoma (abbassando nel contempo di un anno il massimo edittale) (Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2014 [informazione provvisoria]), risponde alla stessa logica di considerare il grande traffico e il piccolo spaccio come due realtà criminologicamente diverse ed eterogenee. Dunque, opportunamente il decreto legge impedisce che un eventuale giudizio di bi-

lanciamento delle circostanze possa mettere nel nulla siffatta "ontologica" diversità. Inoltre, più in generale, il decreto corregge una tendenza legislativa assai discutibile com'è quella di un'utilizzazione massiccia di circostanze con variazione di pena indipendente o addirittura con variazione della specie di pena.

In questo senso, si può dire che il recente legislatore ha portato a compimento l'opera intrapresa già

dalla giurisprudenza e che, inoltre, questa interpretazione "realistica" del piccolo spaccio si rivela ancora più congrua e significativa oggi che il piccolo spaccio ha acquisito una completa autonomia, alla quale dunque deve corrispondere una più definita fisionomia.

Francesco Palazzo

Commisurazione della pena nel tentativo

Cassazione penale, V Sezione, 24 settembre 2013 (ud. 19 giugno 2013), n. 39475 – Dubolino Presidente – Zaza Relatore – Izzo P.M. (conf.) – Brescia ed altri, imputati.

Conferma App. Bari, 24 aprile 2012.

Pena – Determinazione – Delitto tentato – Metodo diretto e metodo bifasico – Equipollenza – Condizioni

La determinazione della pena nel caso di delitto tentato può essere indifferentemente effettuata con il cosiddetto metodo diretto o sintetico, ossia senza operare la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, oppure con il calcolo "bifasico", ossia scindendo i due momenti enunciati, purché venga comunque rispettato il vincolo normativo relativo al contenimento della riduzione della pena edittale prevista per il reato consumato da uno a due terzi.

(Massima non ufficiale)

Omissis. — Ritenuto in fatto: Con la sentenza impugnata, in riforma della sentenza del Tribunale di Bari del 24/03/2004, veniva confermata l'affermazione di responsabilità di A.B., F.D.L. e G.P. per il reato di cui agli art. 56 e 575 c.p., commesso in Monopoli il 15/03/1995 dal B. e dal P. istigando il D.L. a colpire G.G. alle gambe con una pistola e dal D.L. materialmente operando e colpendo il G. anche alla gola, rideterminandosi le pene inflitte in primo grado per il B. ed il P. in anni sei di reclusione ciascuno, e per il D.L. in anni tredici di reclusione.

La decisione veniva pronunciata a seguito di annullamento della precedente sentenza della stessa Corte d'Appello del 15/03/2010, disposto con sentenza di questa Corte del 19/05/2011 limitatamente all'eliminazione dell'aggravante di cui all'art. 112, comma primo, n. 1 c.p., con rinvio per la rideterminazione della pena.

Il ricorrente D.L. deduce l'intervenuta prescrizione del reato, da dichiararsi in assenza di una decisione irrevocabile. I ricorrenti P. e D.L. deducono violazione di legge laddove la pena non veniva rideterminata, secondo il principio di diritto affermato nella sentenza rescindente, individuando ed eliminando l'aumento per l'aggravante esclusa, lamentando altresì il P. mancanza di motivazione sulla quantificazione della pena inflitta. Il ricorrente D.L. lamenta inoltre violazione di legge nella determinazione della pena per il delitto tentato mediante applicazione della relativa diminuzione sulla pena-base per il delitto consumato, e non mediante individuazione della pena congrua fra il minimo della pena stabilita per il delitto consumato con

la massima diminuzione per il tentativo ed il massimo della pena prevista per il reato consumato con la minima diminuzione ai sensi dell'art. 56 c.p. I ricorrenti D.L. e B. denunciano infine mancanza di motivazione sulla determinazione della diminuzione per il tentativo, nei generici riferimenti alla personalità ed ai precedenti penali degli imputati, e sulla riduzione nella limitata misura di un anno per le attenuanti generiche riconosciute in favore del B.

Considerato in diritto: I ricorsi sono infondati.

Manifestamente infondato è in primo luogo il motivo proposto dal ricorrente D.L. in ordine all'intervenuta prescrizione del reato. Laddove, come nel caso di specie, a seguito di annullamento della Corte di Cassazione vengano rimesse al giudice di rinvio unicamente questioni relative alla determinazione della pena, il giudicato formatosi sull'accertamento del reato e sulla responsabilità dell'imputato impedisce infatti l'applicazione di cause estintive maturatesi successivamente all'annullamento parziale (Sez. U, n. 4904 del 26/03/1997, Attinà, Rv. 207640; Sez. 4, n. 24732 del 27/01/2010, La Serra, Rv. 248117; Sez. 2, n. 8039 del 09/02/2010, Guerriero, Rv. 246806).

Contrariamente poi a quanto lamentato dai ricorrenti P. e D.L., le pene inflitte agli imputati con la sentenza impugnata venivano rideterminate eliminando sostanzialmente gli effetti dell'aggravante del numero dei concorrenti sulla quantificazione delle pene irrogate in primo grado, in conformità al principio stabilito nella sentenza di annullamento. Posto infatti che con la decisione del Tribunale l'aggravante veniva ritenuta per il P. equivalente alle attenuanti e per il D.L. operante, in assenza di attenuanti, nell'aumentare di un anno la pena-base di anni tredici di reclusione, la Corte territoriale attribuiva per il P. efficacia esclusiva alle attenuanti di cui agli artt. 62-bis e 116 c.p., riducendo la pena-base di anni otto di reclusione nella misura di anni uno per ciascuna delle predette attenuanti; ed eliminava per il D.L. l'aumento corrispondente all'aggravante.

Insussistente è il vizio di violazione di legge dedotto dal ricorrente D.L. nella determinazione della pena per il delitto tentato mediante diminuzione fino ad anni otto di reclusione della pena previamente stabilita, per la fattispecie in ipotesi consumata, in anni ventuno. L'orientamento giurisprudenziale citato dal ricorrente in termini di necessità che la pena per il tentativo venga determinata con il diverso criterio di spaziare discrezionalmente fra il minimo ed il massimo edittale previsti per il delitto consumato, ridotti il primo di due terzi ed il secondo di un terzo (Sez. 1, n. 2391 del 13/01/1984, Radziszsky, Rv. 163165), è stato infatti superato dalla consolidata interpretazione per la quale la fissazione della pena per il delitto tentato può essere indifferentemente effettuata sia con il metodo appena descritto, noto come «diretto» o «sinteti-

co», che con quello, cosiddetto «bifasico», adottato nella sentenza impugnata (Sez. 2, n. 5480 del 11/03/1993, Bono, Rv. 195382; Sez. 1, n. 37562 del 16/05/2001, Botto, Rv. 220189), entrambi rispettosi del dettato normativo sulla previsione, per il tentativo, di una pena ridotta rispetto a quella propria del delitto consumato in una misura discrezionalmente individuata fra il terzo e i due terzi.

La sentenza impugnata si sottrae infine alle censure di mancanza di motivazione proposte da tutti i ricorrenti in

ordine alla determinazione delle pene-base e delle diminuzioni per il tentativo e per le attenuanti. Congrua giustificazione era infatti offerta dai giudici di merito con riguardo ai precedenti penali degli imputati ed al ruolo svolto dal D.L. quale esecutore materiale di un reato più grave di quello oggetto della condotta istigatoria dei concorrenti.

I ricorsi devono pertanto essere rigettati, seguendone la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese processuali. — *Omissis*.

Davvero indifferenti il metodo bifasico e il metodo diretto per commisurare la pena di un delitto tentato?

Fabio Basile

La sentenza conferma l'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità secondo cui la pena del delitto tentato può essere indifferentemente calcolata col metodo c.d. bifasico (previo riferimento alla pena in concreto da infliggere per il delitto "come se" fosse consumato) o col metodo c.d. diretto (previo riferimento alla pena in astratto prevista per il delitto consumato). È, tuttavia, auspicabile un ripensamento di tale orientamento, in quanto, a ben vedere, l'adozione del metodo bifasico comporta una serie di inconvenienti che dovrebbero indurre ad utilizzare il solo metodo diretto.

Premessa

Della sentenza sopra riportata oggetto di attenzione nella presente nota sarà solo il passaggio relativo al metodo di calcolo della pena nel tentativo, che è, del resto, il passaggio dal quale è stata estratta anche la relativa massima ufficiale.

Si tratta di questione in parte trascurata dalla dottrina¹, ma che non è affatto priva di interesse, sia teorico (in quanto può contribuire a meglio delineare natura e funzione del delitto tentato) che pratico (per le sue possibili ricadute applicative).

Si tratta, sotto altro angolo visuale, di questione attinente alla più ampia tematica della commisurazione giudiziale della pena: quella delicata e complessa operazione di individuazione della pena "giusta" per il caso concreto che, benché rivesta un'importanza fondamentale per le sorti del condannato, rappresenta, come è noto, il tripudio della discrezionalità del giudice, lasciato troppo solo da un legislatore che — pur assai proliferante nel prevedere norme e istituti che su tale operazione possono a vario titolo influire — si è astenuto dal fornirgli criteri-guida precisi ed efficaci².

Nella sentenza in esame il caso di specie, rispetto al quale il problema della commisurazione della pena nel tentativo si pone, riguarda un delitto tentato di omicidio commesso da più persone in concorso tra loro. Per tale fatto uno degli imputati viene condannato in

appello a 13 anni di reclusione. A questa misura i giudici di merito pervengono adottando il metodo di calcolo della pena del tentativo c.d. bifasico; col suo ricorso, invece, l'imputato chiede che la pena da infliggergli sia calcolata applicando il metodo c.d. diretto o sintetico. Prima di procedere oltre, conviene allora vedere in dettaglio in che cosa consistano questi due metodi di calcolo della pena del tentativo³.

Metodo bifasico e metodo diretto

L'art. 56, comma 2, c.p. — in adesione ad una concezione fondamentalmente oggettiva del tentativo⁴ — stabilisce una diminuzione obbligatoria della pena per il delitto tentato rispetto alla figura consumata del corrispondente reato. In particolare, fuori dall'ipotesi in cui per il reato sia stabilito l'ergastolo, la norma in esame prevede che «il colpevole di delitto tentato è punito: [...] con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi».

Ebbene, questa formula si presta a due differenti interpretazioni, che comportano l'adozione di due differenti metodi di calcolo della pena, a seconda che l'espressione "pena stabilita" venga riferita alla pena da infliggere in concreto per il delitto verso la cui consumazione tendevano gli atti, ovvero alla pena in astratto prevista per tale delitto, vale a dire alla sua pena edittale.

¹ Alcuni tra i più diffusi manuali e trattati di diritto penale non si soffermano affatto sulla questione, né su di essa risultano specifici approfondimenti dottrinali (con la sola eccezione di un risalente contributo di Boscarelli, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Scuola positiva*, 1962, 662 e segg.).

² Sulla commisurazione della pena — e sulle insufficienze della relativa disciplina legislativa — fondamentale è tuttora il lavoro di Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979; più di recente, v. Mannozi, *Razionalità e 'giustizia' nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996.

³ Per un'illustrazione di questi due metodi, v. pure Notaro, *Tentativo*, in G.A. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, 128 e segg.

⁴ In argomento, v., nella manualistica, Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Torino, 2013, 476; Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012, 398 e segg.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, 2009, 460 e segg.; tra le opere monografiche, v., di recente, Seminara, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 977 e segg.; Giacona, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 467 e segg.

Il metodo bifasico

In base ad una prima interpretazione, l'art. 56, comma 2, c.p. si riferirebbe alla pena da infliggere in concreto per il delitto verso la cui consumazione tendevano gli atti. Il giudice dovrebbe, quindi, individuare, in una prima fase, la pena che avrebbe dovuto applicarsi in concreto per tale delitto, "come se" questo fosse stato effettivamente consumato; in una seconda fase, sulla pena così individuata il giudice dovrebbe poi calcolare la riduzione (in un arco compreso tra due terzi ed un terzo) dovuta per il tentativo: si parla in proposito di metodo bifasico⁵.

Nel caso di specie cui si riferisce la sentenza qui annotata, i giudici di merito, come anticipato, avevano adottato proprio questo metodo: in una prima fase, avevano individuato la pena per il delitto di omicidio "come se" fosse stato consumato, fissandola in 21 anni di reclusione; in una seconda fase, avevano poi diminuito questa pena, portandola a 13 anni di reclusione per il tentativo omicidio effettivamente commesso.

Il metodo diretto

In base ad una seconda interpretazione, l'art. 56, comma 2, c.p. si riferirebbe, invece, alla pena in astratto prevista per il delitto consumato, sulla quale il giudice dovrebbe quindi applicare la diminuzione da un terzo a due terzi: il giudice dovrebbe, in particolare, operare la riduzione massima (di due terzi) sul minimo edittale, e la riduzione minima (di un terzo) sul massimo edittale della pena del delitto consumato, in tal modo ottenendo una nuova cornice edittale, all'interno della quale procedere poi alla commisurazione della pena, ai sensi dell'art. 133, per il delitto tentato effettivamente commesso: si parla, in proposito, di metodo diretto o sintetico⁶.

Se, ad esempio, come nel caso di specie, il delitto in questione è quello di omicidio, seguendo questo metodo il giudice dovrebbe partire dalla pena edittale prevista dall'art. 575 c.p. (reclusione da 21 a 24 anni) e diminuire il minimo edittale di due terzi ($21 - 14 = 7$), e

il massimo edittale di un terzo ($24 - 8 = 16$), ottenendo in tal modo la cornice edittale (reclusione da 7 a 16 anni) per il delitto di tentativo omicidio; all'interno di questa nuova cornice edittale il giudice dovrebbe poi individuare la pena adeguata per il caso concreto.

A favore del metodo diretto milita un argomento indubbiamente di gran peso: il delitto tentato, rispetto al corrispondente delitto consumato, è una figura autonoma di reato, e non una circostanza attenuante, e deve pertanto disporre di una propria autonoma cornice edittale di pena⁷.

Del resto, che l'art. 56, comma 2, c.p. si riferisca alla pena in astratto prevista per il delitto consumato (con conseguente, necessaria adozione del metodo diretto) sembrerebbe deducibile dalla stessa lettera della legge. Il testo originario dell'art. 56, comma 2, c.p. era, infatti, così formulato: «il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte; con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto diminuita da un terzo a due terzi». A seguito della soppressione della pena di morte dal nostro ordinamento⁸, la prima delle tre ipotesi formulate dal comma 2 dell'art. 56 c.p. deve oggi ritenersi implicitamente abrogata; ma — se ci si consente di usare un linguaggio da "analisi logica" — il complemento di causa efficiente («dalla legge»), che in tale ipotesi compariva esplicitamente con riferimento al predicato verbale usato in forma passiva («è stabilita»), continua, ora come allora, a rimanere sottinteso nelle altre due ipotesi, che quindi devono essere lette come se fossero così formulate: «il colpevole di delitto tentato è punito: [...]; con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita [sottinteso: dalla legge] è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita [sottinteso: dalla legge] per il delitto diminuita da un terzo a due terzi».

La posizione della giurisprudenza: l'indifferente adottabilità dei due metodi

Nonostante il metodo diretto possa indubbiamente

⁵ In dottrina il metodo bifasico è sostenuto, per quanto ci risulti, solo da Boscarelli, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano, 1994, 147; Id., *Tentativo circostanziato*, cit., 663 e 667 e segg., e, più di recente, da Messina, Spinnato, *Diritto penale. Manuale breve*, Milano, 2010, 5^a ed., 192, principalmente per la preoccupazione che se la diminuzione da un terzo a due terzi fosse applicata su una pena edittale compresa tra un minimo e un massimo, anziché su una pena puntualmente determinata, «sarebbe impossibile stabilire quel limite minimo e quel limite massimo di pena entro i quali, a norma dell'art. 56 co. 2 c.p., va determinata la pena da applicare per il tentativo» (Boscarelli, *Tentativo circostanziato*, cit., 668). In realtà, come rileveremo tra breve illustrando il metodo diretto, si tratta di una preoccupazione infondata, non appena si convenga che la diminuzione massima vada applicata sul minimo, e la diminuzione minima sul massimo della pena edittale del delitto in questione. Il riferimento alla pena edittale del reato *x*, da diminuire o aumentare in base a determinati coefficienti, al fine di individuare la pena (a sua volta edittale) del reato *y*, è del resto tecnica non inusuale nel nostro codice: v.,

ad es., gli artt. 320, comma 2, 377, commi 1 e 3, nonché l'art. 452, comma 2, c.p.

⁶ A favore del metodo diretto è orientata la dottrina assolutamente maggioritaria: v., tra gli altri, Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 477; Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 398; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, 3^a ed., Milano, 2004, 603; Padovani, *Diritto penale*, 10^a ed., Milano, 2012, 284; Pulitanò, *Diritto penale*, 5^a ed., Torino, 2013, 428; in tal senso era orientata anche la dottrina più risalente: v. per tutti Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II, 5^a ed., Torino, 1981, 528.

⁷ V. Autori citati nella nota precedente.

⁸ Per i delitti previsti nel codice penale la pena di morte è stata soppressa e sostituita con l'ergastolo per effetto del D.Lgs. Lgt. n. 224/1944 e, per i delitti previsti in leggi speciali, per effetto del D.Lgs. n. 21/1948; la pena di morte è stata poi definitivamente espulsa dal nostro ordinamento con la L. cost. n. 1/2007, che ha modificato l'art. 27, comma 4, Cost.

vantare alcuni validi argomenti a suo favore, nella giurisprudenza di legittimità — per lo meno in quella degli ultimi decenni — la necessità di adottare (esclusivamente) tale metodo risulta sostenuta solo da una sentenza del 1984, che sul punto così si esprime: «il tentativo non costituisce circostanza attenuante rispetto al reato consumato per cui il giudice debba operare una diminuzione di pena su quella fissata per il secondo, ma, trattandosi di una forma autonoma di delitto, la pena va fissata spaziando discrezionalmente tra il minimo costituito dalla pena minima stabilita per il reato consumato ridotta di due terzi, ed il massimo costituito dalla pena massima, pure stabilita per il delitto consumato, ridotta di un terzo»⁹.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità è, invece, nel senso della assoluta interscambiabilità di entrambi i metodi. La Cassazione, infatti, dopo alcune sentenze in cui aveva osservato che «il giudice di merito non è tenuto a stabilire prima una pena base per il reato consumato per poi apportare la riduzione di cui all'art 56 c.p. [metodo bifasico], ma è libero di fissare direttamente la pena per il reato tentato, spaziando discrezionalmente tra il minimo costituito dalla pena minima stabilita per il reato consumato, ridotta ai due terzi, ed il massimo costituito dalla pena massima pure stabilita per il delitto consumato, ridotta di un terzo [metodo diretto]»¹⁰, è più di recente passata ad affermare apertamente l'indifferente adottabilità di entrambi i metodi (con l'unico limite del rispetto della riduzione della pena da uno a due terzi), consolidando la *regula iuris* che trova pieno suggello nella sentenza qui annotata.

In tal senso si esprime, ad esempio, una sentenza del 1993, in cui si statuisce che «in presenza di un delitto tentato, la determinazione della pena può effettuarsi con il c.d. metodo diretto o sintetico, ossia senza operare la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, oppure con il calcolo bifasico, ossia scindendo i due momenti enunciati. Entrambi i sistemi, peraltro, non si sottraggono ai vincoli normativi relativi al contenimento della riduzione da uno a due terzi. L'inosservanza di tali limiti comporta violazione di legge»¹¹.

Alcune considerazioni critiche sugli “inconvenienti” del metodo bifasico

La tesi dell'indifferente adottabilità dei due metodi non convince. A parere di chi scrive, infatti, i due metodi — quello bifasico e quello diretto — non sono affatto tra loro interscambiabili, in quanto il primo

presenta una serie di inconvenienti che dovrebbero decretarne il completo abbandono.

Prima di esporre tali inconvenienti, è tuttavia doveroso precisare che tra di essi non figura quello sicuramente più temibile, ovvero sia il rischio che l'adozione di un metodo permetta di infliggere, in relazione al medesimo caso concreto, una pena più grave o, rispettivamente, più mite, di quanto avverrebbe adottando l'altro. Il rispetto del vincolo normativo relativo al contenimento della riduzione della pena edittale prevista per il reato consumato da uno a due terzi — rispetto richiesto dalla sentenza in esame, al pari delle altre sentenze che aderiscono alla tesi della indifferente adottabilità dei due metodi — garantisce, infatti, che anche in caso di utilizzo del metodo bifasico la pena inflitta dovrà comunque collocarsi all'interno della cornice edittale ricavabile col metodo diretto.

Esemplifichiamo quest'ultima affermazione ancora una volta con riferimento ad un tentativo di omicidio doloso. L'applicazione del metodo diretto condurrebbe in tal caso ad una pena finale compresa tra un minimo di 7 e un massimo di 16; ma all'interno di questi stessi limiti verrà a collocarsi, pur seguendo un diverso percorso, anche il giudice che adotti il metodo bifasico. Se tale giudice, infatti, nella prima fase di commisurazione fissa la pena per l'omicidio “come se” fosse consumato in misura pari al minimo edittale (21 anni di reclusione) per poi procedere, nella seconda fase, a diminuire tale pena da un terzo a due terzi, applicherà alla fine, per l'omicidio tentato, una pena oscillante tra i 7 e 14 anni, quindi una pena compresa entro la cornice edittale ricavabile col metodo diretto. Se, invece, tale giudice nella prima fase di commisurazione fissa la pena per l'omicidio “come se” fosse consumato in misura pari al massimo edittale (24 anni di reclusione) per poi procedere, nella seconda fase, a diminuire tale pena da un terzo a due terzi, applicherà alla fine, per l'omicidio tentato, una pena oscillante tra gli 8 e i 16 anni, quindi, ancora una volta, una pena compresa entro la cornice edittale ricavabile col metodo diretto. All'interno di tale cornice edittale si collocherà poi, ovviamente, anche la pena finale se il giudice, nella prima fase, fissa la pena per l'omicidio “come se” fosse consumato in una qualsiasi misura compresa tra il minimo ed il massimo edittale.

Scongiurato, quindi, il pericolo maggiore (possibilità di applicare una pena più grave, o più mite, a seconda del metodo adottato), passiamo ad illustrare gli (altri) inconvenienti effettivamente connessi al metodo bifasico, che ne dovrebbero scongiurare l'impiego.

⁹ Cass., Sez. I, 13 gennaio 1984 (dep. 17 marzo 1984), Radziszewski, CED 163165, pubblicata, con motivazione, in *Giur. It.*, 1985, II, 440. Questo precedente è richiamato anche nella sentenza qui annotata, che tuttavia lo ritiene ormai “superato”.

¹⁰ Cass., Sez. II, 7 novembre 1969 (dep. 30 gennaio 1970), Sciacca, CED 113758 (corsivo aggiunto); in termini sostanzialmente analoghi, Id., Sez. II, 21 febbraio 1978 (dep. 27 gennaio 1979), Scopelliti, CED140948, in *Riv. Pen.*, 1979, 444.

¹¹ Cass., Sez. II, 11 marzo 1993 (dep. 31 maggio 1993), Bono, CED 195382, in *Cass. Pen.*, 1995, 54. In termini del tutto analoghi, v. pure Cass., Sez. I, 16 maggio 2001 (dep. 17 ottobre 2001), Botto, CED 220189; Id., Sez. II, 20 marzo 2007 (dep. 15 maggio 2007), n. 18747, D.S.A., in *Leggi d'Italia*; Id., Sez. II, 19 gennaio 2010 (dep. 12 maggio 2010), n. 17988, D.D.M., in *Leggi d'Italia*.

Primo inconveniente: offuscamento dell'autonomia del tentativo

Il primo inconveniente connesso all'utilizzo del metodo bifasico è che con esso si offusca la natura di reato autonomo del tentativo. Il metodo bifasico è, infatti, quello tipicamente utilizzato per calcolare l'incidenza di una circostanza sulla pena di un reato: quando si deve applicare una circostanza, il giudice prima procede ad individuare la pena-base all'interno della cornice edittale prevista per il reato in questione, e poi calcola l'incidenza della circostanza su di essa secondo i coefficienti di calcolo propri di quella circostanza (ad es., riduzione "fino ad un terzo", se si tratta di una circostanza attenuante ad effetto comune; o riduzione "da un terzo a due terzi", se si tratta della circostanza ad effetto speciale di cui all'art. 630, comma 5, c.p.¹²). Ma il delitto tentato — per pacifico riconoscimento di dottrina e giurisprudenza — è figura autonoma di reato, e non circostanza attenuante, rispetto al corrispondente delitto consumato, sicché tale autonomia dovrebbe riflettersi anche nella scelta del metodo di calcolo della relativa pena, inducendo a privilegiare un metodo di calcolo che attribuisca ad una figura autonoma di reato un'autonoma cornice edittale di pena¹³.

Secondo inconveniente: impraticabilità di un serio calcolo della pena

Il secondo inconveniente connesso all'uso del metodo bifasico è che non si vede come possa essere seriamente calcolata una pena, neppure in via provvisoria, di un delitto consumato che in realtà consumato non è stato¹⁴. Si è, infatti, detto sopra che la prima fase del metodo bifasico consiste, per l'appunto, nella fissazione della pena del delitto "come se" fosse stato consumato: ma proprio questa operazione, in quanto manca il termine di raffronto reale su cui dovrebbe basarsi, pare tutt'altro che agevole, se non a costo di un ampio ricorso alla discrezionalità — se non, *tout court*, all'intuizione — del giudice che la effettua.

Terzo inconveniente: rischio di incoerenze

Il terzo e maggior inconveniente del metodo bifasico consiste, infine, nel rischio di incoerenze tra la prima e la seconda fase della commisurazione della pena.

Se infatti il giudice nella prima fase di commisurazione della pena (quella concernente il delitto "come

se" fosse consumato) sceglie una pena pari al minimo edittale (o al massimo, o al medio), coerenza vorrebbe che anche nella seconda fase di commisurazione della pena (quella concernente il delitto tentato) confermasse tale scelta, applicando la riduzione massima (o, rispettivamente, la riduzione minima, o la riduzione media) consentita dall'art. 56, comma 2. Ma proprio la sentenza che qui si annota dimostra che le suddette ragioni di coerenza rischiano di restare inascoltate: nella specie, infatti, i giudici d'appello nella prima fase di commisurazione avevano fissato una pena di 21 anni di reclusione per l'omicidio "come se" fosse consumato (quindi, in misura pari al minimo edittale); nella seconda fase, invece, avevano fissato una pena di 13 anni, in misura, quindi, ben superiore al minimo (se i 21 anni di cui sopra fossero stati diminuiti nella misura massima consentita dall'art. 56, comma 2, c.p., si sarebbe infatti giunti a 7 anni). Che cosa giustifica questo scostamento tra prima e seconda fase di commisurazione? Perché i giudici d'appello si sono assestati sul minimo nella prima fase della commisurazione, e se ne sono significativamente allontanati nella seconda?

Per quanto difficilmente immaginabili, non può escludersi che, nei singoli casi concreti, vi possano essere buone ragioni che inducano il giudicante a non confermare, nella seconda fase della commisurazione, l'orientamento verso il minimo edittale (o verso il massimo, o verso il medio), operato nella prima fase: ma se vi sono, queste buone ragioni dovrebbero emergere chiaramente nella motivazione della sentenza per spiegare quella che, altrimenti, non può che apparire come una immotivata incoerenza.

Considerazioni di tal tenore erano state, peraltro, espresse anche in una sentenza di legittimità del 1989¹⁵. Il caso di specie riguardava un tentativo di evasione, rispetto al quale i giudici di merito avevano calcolato la pena utilizzando il metodo bifasico. La Cassazione, tuttavia, accoglieva sul punto il ricorso dell'imputato, col quale si censurava «una contraddittorietà nel modo di operare della corte d'appello, poiché questa ha preso a base la pena minima stabilita per il delitto di evasione e poi, dovendo diminuirla da un terzo a due terzi, ha effettuato la diminuzione di un terzo, cioè quella che comportava alla fine del calcolo la pena maggiore [...]. In realtà», prosegue la Corte suprema, «non si può escludere la legittimità di un'operazione del genere, perché l'apparente contraddittorietà può ben trovare una spiegazione in considerazioni che attengono le une alle caratteristiche

¹² Il richiamo alla circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 630, comma 5, c.p. (dissociazione del concorrente nel delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione) — una circostanza per la quale sono previsti i medesimi coefficienti numerici di diminuzione della pena di cui all'art. 56, comma 2, c.p. — fa emergere, con particolare evidenza, la necessità che, per rimarcare la differente natura tra circostanze e tentativo, si adottino due differenti metodi di calcolo delle relative pene: nell'un caso (circostanza) la diminuzione da uno a due terzi dovrà, quindi,

essere applicata sulla pena in concreto fissata dal giudice per il reato-base; nell'altro (tentativo) sulla pena in astratto prevista dalla legge per tale reato.

¹³ In tal senso, v. Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 398; Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 477.

¹⁴ Per un analogo rilievo, v. già Romano, *Commentario sistematico*, cit., 603.

¹⁵ Cass., Sez. VI, 7 luglio 1989 (dep. 18 settembre 1989), Cava, CED 182092, in *Riv. Pen.*, 1990, 554.

del delitto cui tendevano gli atti del tentativo, e le altre alle specifiche caratteristiche di questi atti, ma tali spiegazioni dal giudice che determina la pena vanno date e ciò nella specie non è avvenuto». Insomma, conclude la Cassazione, «il giudice, quando, come è avvenuto nel caso di specie, distingue i due momenti [di commisurazione della pena], non può che operare in modo conseguente ed enunciare le ragioni del proprio operato»¹⁶.

Questa sentenza di legittimità — nel richiedere una motivazione specifica e dettagliata circa la commisurazione della pena — costituisce, tuttavia, pressoché un *unicum*: sappiamo, infatti, che, salvo ipotesi particolari, di regola la Cassazione si astiene da un serio controllo sulla motivazione dei giudici di merito in punto di commisurazione della pena, ritenendo perlopiù sufficiente un generico rinvio ai criteri di cui all'art. 133 c.p., o l'utilizzo di formule di stile del tipo «si stima adeguata/congrua la pena di...»¹⁷.

Il rischio, quanto mai concreto, è quindi che i giudici di merito, nel commisurare la pena del tentativo utilizzando il metodo bifasico, incorrano in incoerenze tra prima e seconda fase di commisurazione, che non verranno mai censurate dalla Cassazione: e la

sentenza qui annotata — ove nulla si eccipisce in relazione allo scostamento tra la misura minima della pena risultante dalla prima fase di commisurazione, e una misura decisamente superiore al minimo fissata nella seconda fase — conferma tale preoccupazione.

Il metodo bifasico, in definitiva, rischia solo di raddoppiare la già ampia discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena: adottando tale metodo, infatti, la discrezionalità del giudice potrà liberamente esprimersi sia in fase di determinazione della pena per il delitto in ipotesi consumato, che in fase di determinazione della pena per il delitto tentato.

Conclusione

Considerati gli inconvenienti sopra illustrati, ci sembra, in conclusione, che ce ne sia abbastanza per rifiutare il metodo bifasico e respingere, di conseguenza, la tesi giurisprudenziale dell'indifferente adottabilità di tale metodo rispetto a quello diretto: solo il metodo diretto, infatti, salvaguarda appieno l'autonomia del tentativo, non obbliga a calcoli irrealistici, né, infine, apre (ulteriori) spazi ad immotivate incoerenze in fase di commisurazione della pena.

¹⁶ Cass., Sez. VI, 7 luglio 1989, cit.

¹⁷ In argomento v., anche per i necessari rinvii, King, *Commen-*

to all'art. 132, in *Codice penale commentato* a cura di Dolcini, Marinucci, 3^a ed., Milano, 2011, 1715 e segg.