

PREMIO TESI DI DOTTORATO

- 41 -

PREMIO TESI DI DOTTORATO
Commissione giudicatrice, anno 2013

Luigi Lotti, *presidente della Commissione*

Tito Arecchi, *Area Scientifica*

Franco Cambi, *Area Umanistica*

Paolo Felli, *Area Tecnologica*

Michele Arcangelo Feo, *Area Umanistica*

Roberto Genesisio, *Area Tecnologica*

Luigi Lotti, *Area Scienze Sociali*

Mario Pio Marzocchi, *Area Scientifica*

Adolfo Pazzagli, *Area Biomedica*

Mario Giuseppe Rossi, *Area Umanistica*

Salvatore Ruggieri, *Area Biomedica*

Saulo Sirigatti, *Area Biomedica*

Piero Tani, *Area Scienze Sociali*

Fiorenzo Cesare Ugolini, *Area Tecnologica*

Vincenzo Varano, *Area Scienze Sociali*

Graziella Vescovini, *Area Umanistica*

Lorenzo Pellegrini

**Circostanze del reato:
trasformazioni in atto e
prospettive di riforma**

Firenze University Press
2014

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma / Lorenzo Pellegrini. – Firenze : Firenze University Press, 2014.
(Premio Tesi di Dottorato; 41)

<http://digital.casalini.it/9788866556923>

ISBN 978-88-6655-691-6 (print)

ISBN 978-88-6655-692-3 (online)

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, A. Mariani, M. Marini, A. Novelli, M. Verga, A. Zorzi.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

CC 2014 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

A Sigfrida ora e sempre

Oh abbondante grazia ond'io presunsi
ficcar lo viso per la luce eterna,
tanto che la veduta vi consunsi!

Nel suo profondo vidi che s'interna,
legato con amore in un volume,
ciò che per l'universo si squaderna:

sustanze e accidenti e lor costume
quasi conflati insieme, per tal modo
che ciò ch'ì dico è un semplice lume.

La forma universal di questo nodo
credo ch'ì vidi, perché più di largo,
dicendo questo, mi sento ch'ì godo.

Dante Alighieri, *La Divina Commedia*, Paradiso, canto
XXXIII

Sommario

Premesse introduttive	11
Capitolo 1	
Il valore problematico dell'odierna concezione delle circostanze del reato. Un istituto a cavallo fra la teoria generale del reato e la commisurazione della pena	15
1. La nozione di circostanza del reato ed il controverso inquadramento dogmatico dell'istituto	15
2. Gli studi <i>unisettoriali</i>	23
2.1 Le impostazioni tradizionali. Una indagine imperniata sui problemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base	23
2.2 Gli studi più avanzati. L'inquadramento dell'istituto nella commisurazione della pena in senso ampio ed i caratteri nodali posti in evidenza	125
3. Gli studi <i>plurisettoriali</i> . I limiti delle impostazioni unisettoriali ed i vantaggi dell'approccio compositivo-pluridirezionale	156
Capitolo 2	
La funzione delle circostanze del reato in costante dialettica fra reale e razionale	159
1. Le circostanze del reato tra teorie <i>monofunzionali</i> e <i>polifunzionali</i>	159
2. Le teorie <i>monofunzionali</i> . Tradizionale attribuzione alle circostanze di una generica funzione di individualizzazione e concretizzazione della pena: prime considerazioni critiche	169
3. Il contributo della dottrina all'individuazione della funzione delle circostanze di determinazione legale della fattispecie e commisurazione legale della pena	171
4. Le teorie <i>polifunzionali</i> : la (ri)valorizzazione dei nessi funzionali fra la disciplina delle circostanze ad efficacia comune ed il processo di individualizzazione giudiziale della pena	178
4.1 La disciplina delle circostanze ad efficacia speciale e la prevalente funzione di determinazione legale della fattispecie penale	187
5. La coesistenza tra <i>funzione teoretica e reale</i> delle circostanze	189

6. Riflessioni conclusive in punto di funzione delle circostanze del reato. La dialettica compositiva fra determinazione legale e/o giudiziale della fattispecie e commisurazione legale e/o giudiziale della pena	191
7. La funzione “parcellizzata”. Verso un approccio polifunzionale di tipo differenziato	193
7.1 Circostanze con variazione di pena proporzionale e circostanze con variazione di pena autonoma o indipendente	194
7.2 Le circostanze facoltative	205
7.3 Le circostanze obbligatorie, discrezionali ed indefinite	209
7.4 L’art. 63 c.p. ed il concorso omogeneo di circostanze	217
7.5 L’art. 69 c.p. ed il giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee	230

Capitolo 3

Il principio di tipicità penale alla “prova” del sistema delle circostanze del reato

1. Il principio di tipicità. Prime considerazioni di inquadramento	233
2. «Tipo forte», «tipo debole», «tipo rigido» e «(non) tipo flessibile»: i quattro diversi modelli tipologici di costruzione della fattispecie incriminatrice	235
3. Tipicità ed elementi circostanzianti	239
4. Le circostanze obbligatorie ed il tipo circostanziato rigido e forte	244
5. Le circostanze discrezionali ed il tipo circostanziato <i>debole</i>	248
6. Le circostanze indefinite e la loro problematica tensione con il principio di tipicità penale	250
6.1 Alcune questioni di fondo sul tappeto: la lacuna nell’incriminazione e nella dosimetria della pena e il rapporto fra circostanze indefinite ed art. 133 c.p.	253
6.2 Le circostanze aggravanti indefinite ed il «tipo circostanziato <i>aggravato</i> flessibile». Il caso problematico della recidiva	259
6.3 Le circostanze attenuanti indefinite o generiche ed il «tipo circostanziato attenuato»	266

Capitolo 4

Legalità e discrezionalità: tensioni di fondo e trasformazioni in atto

1. La discrezionalità penale: premesse definitorie e delimitazione dell’indagine	297
2. Teorie «unitarie» Vs teorie «parcellizzate». Alla ricerca del fondamento sostanziale del potere discrezionale in materia penale	304
3. Le circostanze del reato quale “regno” della discrezionalità giudiziaria e le tensioni con le istanze legalistiche	307
4. Le tre fasi di espressione della discrezionalità	312

5. Proteiformità della discrezionalità penale. I diversi momenti di operatività e le sue diverse modulazioni in relazione ai singoli istituti. Discrezionalità <i>quantitativa</i> , discrezionalità <i>qualitativa</i> e <i>fissità</i> della variazione della pena	316
5.1 Le circostanze a variazione di pena proporzionale ed <i>elastica</i> : verso l'esaltazione della discrezionalità <i>quantitativa</i>	320
5.2 Le circostanze a variazione di pena proporzionale fissa. La "via della <i>fissità</i> " e l'annullamento della discrezionalità <i>quantitativa</i>	323
5.3 Le circostanze <i>discrezionali</i> e la corroborazione della discrezionalità <i>qualitativa</i> di tipo «individuatorio-di relazione»	341
5.4 Le circostanze attenuanti generiche fra discrezionalità <i>quantitativa</i> e discrezionalità <i>qualitativa</i> di tipo « <i>para-normativo</i> »	342
5.5 Il giudizio di prevalenza o di equivalenza fra circostanze eterogenee <i>ex art. 69 c.p.</i>	348
6. Le circostanze a variazione di pena indipendente od autonoma. Il non senso della distinzione fra discrezionalità <i>quantitativa</i> , discrezionalità <i>qualitativa</i> e <i>fissità</i>	376
7. L'obbligo di motivazione sotteso al potere discrezionale del giudice: funzione garantista e controllo «autogovernato»	377
Considerazioni conclusive. <i>Requiem</i> per le circostanze. Ripensare il futuro della commisurazione della pena	381
Bibliografia	387

Premesse introduttive

Tre le grandi chiavi di lettura vero e proprio *file rouge* dell'istituto delle circostanze del reato: *tipicizzazione; discrezionalità; funzionalità*.

Il nostro studio prende le mosse dai problemi definatori, verificando che le nozioni generalmente offerte in dottrina e giurisprudenza sono del tutto generiche ed incapaci di dare un contenuto preciso e significativo in senso descrittivo-disciplinare all'istituto. Fin da subito si pone, pertanto, la necessità di spogliarsi dei tradizionali assunti sul tema ed anche delle tradizionali espressioni linguistiche utilizzate, incentrando così la ricerca sulla *disciplina* delle circostanze del reato. In particolare, viene preliminarmente sviluppata la riflessione in ordine alla collocazione sistematica dell'istituto, che non appare tanto dover essere fra le forme di manifestazione del reato ma all'interno della commisurazione della pena.

Si distingue così fra studi *unisettoriali* e *plurisettoriali* a seconda che abbiano come *focus* una determinata problematica o si prefiggano piuttosto una lettura di sistema. Si procede, quindi, alla analisi sintetica e per punti di tutti i nodi problematici sia sul piano *strutturale* che su quello *funzionale* affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In particolare, sotto il profilo strutturale, si analizza a) la difficile distinzione fra *essentialia* ed *accidentalia delicti* sia sul piano ontologico-astratto che concreto. Analizzando, pertanto, i criteri discretivi (sostanziali e formali) elaborati in dottrina e giurisprudenza e soffermando l'attenzione in particolare sulle fattispecie "ostinatamente dubbie" (quelle rispetto alle quali nessun criterio solutorio – anche indiziario – univoco può essere rilevato) e le problematiche in punto di interpretazione; b) le istanze legalitarie e la discrezionalità giudiziaria quali anime sottese e contrapposte alla disciplina delle circostanze del reato. In particolare, in questa prima parte, si effettua una analisi storica dell'istituto, con riferimenti anche di tipo comparatistico; c) i rapporti fra circostanze proprie e circostanze improprie. Rilevata l'inidoneità delle riflessioni sul punto fin ora sviluppate – in quanto non riescono ad individuare caratteri discretivi univoci ed assoluti – si cerca di formulare una conclusiva proposta solutoria; d) i profili funzionali dell'istituto delle circostanze del reato e la necessità di un approccio investigativo di tipo *polifunzionale-differenziato*. Prendendo cioè le mosse dalle singole discipline se ne analizza l'apporto funzionale distinguendo nettamente fra piano *teoretico* (o astratto tipologico) e *concreto-commisurativo*. Si propone poi una distinzione per quattro grandi modelli funzionali «determinativo legale della fattispecie»; «determinativo giudiziale della fattispecie»; «commisurativo legale della pena» e «commisurativo giudiziale della pena».

Nel secondo capitolo si riprende e dà ampio spazio argomentativo a queste ultime riflessioni sul piano funzionale e ciò poiché si ritiene che una profonda comprensione dell'istituto (affetto oggi da profonde irrazionalità) non possa che muovere da una puntuale analisi disciplinare. Nella prima parte si svilupperanno i principali orientamenti sul punto, in particolare le posizioni ed i lavori di Santoro, Marini, Malinverni, Stile e de Vero, e la posizione della giurisprudenza. Si evidenzia, pertanto, subito la netta contrapposizione funzionale fra circostanze ad efficacia comune e circostanze ad efficacia speciale. Queste ultime, infatti, opererebbero direttamente a livello astratto sulla cornice edittale svolgendo una funzione di determinazione legale della fattispecie. Nessun contributo presentano sul piano commisurativo. Le prime viceversa, stante il disposto di cui all'art. 63.1 c.p. ed il particolare procedimento commisurativo di tipo bifasico ivi descritto, opererebbero sul piano commisurativo procedendo dalla pena-base e cioè da una prima operazione commisurativa in senso stretto. Assolvono queste, contrariamente alle circostanze ad efficacia speciale, una funzione di tipo commisurativo-giudiziale.

A nostro avviso occorre, tuttavia, superare anche le importanti considerazioni sviluppate dalla dottrina tradizionale assumendo un approccio ed una impostazione "veramente e fino in fondo" *parcellizzata e differenziata* che tenga sempre presente la disciplina del singolo elemento o tipologia classificatoria.

Così procedendo riteniamo opportuno distinguere:

- *circostanze a variazione di pena autonoma o indipendente*: le quali hanno una funzione di «determinazione legale della fattispecie»;
- *circostanze a variazione di pena proporzionale*: al cui interno occorre ulteriormente distinguere fra: 1) variazione di pena proporzionale *elastica* con minimo non espressamente determinato e, quindi, unitario. Queste assolvono ad una funzione *commisurativo-giudiziale*; 2) variazione di pena proporzionale *elastica* con minimo frazionario espressamente determinato. Queste assolvono al contempo una funzione *commisurativo legale e commisurativo giudiziale*; 3) variazione di pena *fissa*, che svolgono una preminente funzione *commisurativo-legale*;
- *circostanze facoltative*: le quali hanno una funzione di «determinazione giudiziale della fattispecie» mediante il conferimento al giudice di un potere di tipo *contra-legislativo*;
- *circostanze obbligatorie e discrezionali*: rispettivamente con funzione di «determinazione legale» e di «determinazione giudiziale» della fattispecie;
- *circostanze indefinite*: le quali assolvono ad una funzione di «determinazione giudiziale della fattispecie» con potere giudiziario di tipo *para-legislativo*;
- *concorso omogeneo di circostanze e l'ipotesi di cui all'art. 63.4 c.p.*: rispettivamente con funzionalità *commisurativo-legale* e di «determinazione giudiziale della fattispecie»;
- art. 69 e *concorso eterogeneo di circostanze*: con funzione di «determinazione giudiziale della fattispecie» con conferimento di un potere giudiziario discrezionale qualitativo di tipo *contra-legislativo*.

Nel capitolo terzo si analizza, poi, il principio di tipicità e la sua relazione con gli elementi circostanzianti. In particolare si compie una puntuale riflessione in ordine alla categoria delle circostanze *indefinite* distinguendo le attenuanti dalle aggravanti anche in relazione alle diverse forme di Stato.

Riflessioni conclusive vengono poi condotte attorno a due fondamentali problematiche: a) eccessiva elasticizzazione delle fattispecie di reato; b) elementi circostanziali eccessivamente descrittivo-analitici e rischio di frammentazione del tipo.

Nel quarto capitolo si analizzano, infine, le tensioni di fondo all'istituto (e più precisamente alla disciplina) delle circostanze del reato nella dialettica fra istanze legalitarie e discrezionalità giudiziaria. Le prime esigenze tese come noto ad attuare una «determinazione legale della fattispecie» o comunque a «commisurare legalmente la pena» e le altre volte, invece, a corroborare il potere valutativo-discrezionale del giudice e, quindi, la «determinazione giudiziale della fattispecie» e la «commisurazione giudiziale della pena».

Si effettuano, quindi, alcune premesse definitorie sul concetto di discrezionalità in materia penale e si procede all'analisi dei cinque grandi modelli (storicamente affermatosi) di disciplina della commisurazione della pena a cui è sottesa una diversa composizione del suddetto rapporto tensivo: un diverso bilanciamento fra tipicità e discrezionalità.

Si procede, poi, alla puntuale analisi dei concetti di «discrezionalità *quantitativa*» e «discrezionalità *qualitativa*» e delle problematiche in ordine alla *fissità* della variazione della pena e alle fattispecie con pena *fissa* (particolare attenzione all'impostazione giurisprudenziale).

Sempre nel capitolo quarto si presta particolare attenzione e riflessione in ordine al giudizio di equivalenza o di prevalenza e agli elementi circostanzianti a struttura privilegiata. Preliminarmente si è cercato di chiarire la struttura e la funzione del disposto di cui all'art. 69 c.p. senza perdere mai di vista il ruolo ricoperto dalla discrezionalità giudiziaria. Particolare rilievo viene dato a due diverse impostazioni: *valutazione complessiva del fatto e confronto fra le singole circostanze in concorso*. Nella parte terminale del capitolo si compie una riflessione sulle circostanze privilegiate e sulla loro capacità di incidere sul giudizio di bilanciamento. In particolare lo studio viene condotto attorno a due differenti modelli di blindatura: a) blindatura della circostanza; b) blindatura del bilanciamento. I due modelli ricostruiti pongono problematiche diverse specie di costituzionalità. Sul punto appare doverosa l'analisi della giurisprudenza costituzionale ed in particolare delle sentenze n. 38/1985; n. 192/2007 e n. 251/2012. Anche se il modello che blindava il bilanciamento e non il singolo elemento circostanziente, stante l'automatismo da questo prodotto in ottica presuntiva assoluta, non appare compatibile con i principi costituzionali di eguaglianza e proporzionalità.

In conclusione si effettuano talune riflessioni in ordine alla irrazionalità in cui versa oggi il sistema delle circostanze del reato sottolineando le problematiche di fondo di un assetto magmatico e in totale disequilibrio. Tant'è che la soluzione non può venire da singoli interventi normativi, poiché questi finirebbero con il comprometterne ulteriormente il quadro e produrre effetti preterintenzionali.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

Ciò considerato una riforma della materia delle circostanze del reato non può che passare attraverso una riforma della parte speciale del codice nella ridefinizione delle comminatorie edittali e del sistema commisurativo nel suo complesso. Una suddetta riforma farebbe apparire irrazionale il sistema delle circostanze del reato avviandolo verso una radicale soppressione.

Un particolare ringraziamento è rivolto ai miei Maestri, prof. Francesco Palazzo e prof. Roberto Bartoli, senza di loro tutto questo non sarebbe stato possibile.

Grazie, infine, a mia madre per esserci sempre stata.

Capitolo 1

Il valore problematico dell'odierna concezione delle circostanze del reato. Un istituto a cavallo fra la teoria generale del reato e la commisurazione della pena

1. La nozione di circostanza del reato ed il controverso inquadramento dogmatico dell'istituto

Le circostanze del reato nel nostro ordinamento penale¹ realizzano il punto di incontro fra le esigenze imposte dal principio di legalità che richiede la predeterminazione

¹ La commisurazione della pena al fatto concreto attraverso la tipizzazione, nella parte generale del codice penale, di un'articolata sistematica delle circostanze del reato è una scelta originale propria dell'ordinamento penale italiano, e, in qualche misura di quello spagnolo (dove peraltro il regime delle circostanze, sottoposto a serrata critica dalla più autorevole dottrina – in particolare da E. Bacigalupo, *Principios de derecho penal, parte general*, Madrid, 1998, 161 ss.; Id., *La individualización de la pena en la reforma penal*, in *RFDUC*, 3, 1980, 55 ss. – è stato affline ridimensionato nel *Código penal* del 1995; sul punto Quinteros Olivares, *Il codice penale spagnolo del 24 novembre 1995*, in Vinciguerra (a cura di), *Il Codice penale spagnolo*, Padova, 1997, 13 ss.; diffusamente A. Melchionda, *Le circostanze del reato, origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 225 ss. e 229 ss.; la previgente disciplina spagnola è ampiamente delineata in G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 231 ss.), mentre altri ordinamenti occidentali soddisfano l'esigenza di individualizzazione della pena attraverso la previsione di criteri generali di commisurazione caratterizzati da più o meno accentuate aperture alla discrezionalità giudiziale. Aperture serenamente percepite nei sistemi di *common law* – non improntati al nostro principio di legalità – come quello anglosassone, in cui (a parte eccezionali ipotesi tipiche come *l'abnormality of mind* e la *provocation* che, secondo la disciplina della *Section 3* dell'*Homicide Act* del 1957, derubricano il murder nella più tenue forma omicidiaria del *manslaughter*), è esclusivamente affidata alla discrezionalità giudiziale sia l'applicazione dei *mitigating factors* sia il superamento dei massimi edittali attraverso *extended sentences* (per la dottrina anglosassone si rinvia alle trattazioni generali W. Wilson, *Criminal Law*, London – New York, 1998, 374 ss.; Murphy (a cura di), *Criminal Practice*, London, 1996, 109 ss.; Leigh, Hall Williams, *United Kingdom (England and Wales)*, in Dupont, Fijnaut (a cura di), *International Encyclopaedia of Laws, Criminal Law*, III, Denventer, 1993, 80 ss., 154 ss.; Smith, Hogan, *Criminal law: cases and materials*, London, 1975, 194 ss.; Cross, Jones, *An introduction to criminal law*, London, 1972, 139 ss. e 387 ss.; Carvell, Swinfen Green, *Criminal law and procedure*, London, 1970, 50 ss. e 355 s.; J. Fitzgerald, *Criminal law and Punishment*, Oxford, 1962, 59 ss., e 127 ss; per la comparatistica italiana si vedano S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, Padova, 1993, 231 ss. e 319 ss.; G. Mannozi, voce "Sentencing", in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 2003, 150 ss.; G. Fornasari, A. Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, 172, ma oggetto, invece, di rilevanti dibattiti dottrinari negli ordinamenti di *civil law* fondati sul principio di legalità in materia penale, come in particolare quello tedesco, che nella parte speciale (*besonderer Teil*) dello *Strafgesetzbuch* prevede non poche norme penali incriminatrici – ad es.: § 263 III,

legislativa non solo delle norme incriminatrici, ma anche dei criteri di commisurazione delle pene² e la contrapposta esigenza di conservare alla discrezionalità, ma

Betrug (truffa); § 267, III, *Urkundenfälschung* (falsità di documenti); § 283 *Besonders schwerer Fall des Bankrotts* (casi particolarmente gravi di bancarotta) – il cui testo è integrato dalla previsione di cause indefinite di modificazione della pena anche in senso aggravante, spesso complementate da esemplificazioni comunque non tassative, la cui evidente carenza di tipicità e apertura alla analogia in *malam partem*, solleva aspre critiche e perduranti problemi di classificazione dogmatica tra gli elementi del fatto tipico (*Tatbestandmerkmale*) o i criteri di applicazione della pena (*Strafzumessungsregeln*). Per tutti per la dottrina tedesca, ci si limita a rinviare a Jescheck, Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° Aufl., Berlin, 1996, 270 ss.; Maiwald, *Zur Problematik der besonders schiere Fälle im Strafrecht*, in *NStZ*, 1984, 433 ss.; Id.; *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele*, in *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin – New York, 1973, 137 ss.; Braunsteffer, *Die Problematik der Regelbeispieltechnik im Strafrecht*, Mannheim, 1976, *passim*; Callies, *Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle und Regelbeispiel im Strafrecht*, in *JZ*, 1975, 112ss.; Whale, *Zur strafrechtlichen Problematik besonders schieren Fälle, erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht*, in *GA*, 1969, 61 ss.; Id. *Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle im Strafrecht*, Heidelberg, 1966, *passim*; per un'ampia trattazione comparatistica in lingua italiana A. Melchionda, *Le circostanze del reato, origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 320 ss. Per un'inquadramento comparatistico delle circostanze del reato v. inoltre A. Manna, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur., Agg.*, VI, Roma, 1993, 1ss.; Gonzales Cussac, *Teoria general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, 45. Anche S. Fornasari, G. Menghini, cit., 16 e ss. e 168 ss.; A. Melchionda, *Le circostanze*, cit., 53 ss., 133 ss., 225 ss. e 315 ss.; G. de Vero, *Circostanze del reato*, cit., 227 ss., e in una prospettiva più risalente, F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 268; Id., *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1038. Anche le prospettive sovranazionali sono da tempo orientate per la messa in ombra del modello di tipizzazione circostanziale, a vantaggio della soddisfazione dell'esigenza di graduazione proporzionale della pena attraverso criteri generali: valga un richiamo all'analisi di M. Delmas Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme* (trad. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*), a cura di Palazzo F., Milano, 1992, 243 ss.; risalenti cenni in P. Nuvolone, *Problematica dell'unificazione del diritto penale dei paesi europei*, in *AA.VV.*, *Prospettive per un diritto penale europeo*, *Atti del IV convegno di diritto penale di Bressanone*, 1967, Padova, 1968, 287 ss. e 294. Una sistematica delle circostanze simile alla nostra non è prevista, infatti, né nel *Corpus Juris* 2000, che si limita all'esigua previsione dell'art. 16 (sul punto M. Delmas Marty, *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus Juris*, in Grasso, Sicurella (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, 205 ss., in particolare 307 ss., L. Picotti, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l'Europa*, in Id. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 58 ss.), né si è sentita la necessità di introdurla, per ora, nella *Parte general* (artt. 1-22) del progetto *Eurodelitos* (per cui si rinvia a Tiedemann (diretto da), Nieto Martin (coordinato da) *Eurodelitos: el derecho penal economico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003, 11 ss.; 18), né nei *Principi generali di diritto penale* (artt. 22-33) dello *Statuto della Corte penale internazionale* approvato a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore nel 2002, che non prevede le circostanze, ma soltanto il concorso di persone ed il tentativo (art. 25), tra le forme di manifestazione del crimine internazionale (F. Mantovani, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 40 ss. e 48; in generale Werle, Jessberger, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 733 ss.). Cfr., in tal senso diffusamente, G. Manca, *Le circostanze del reato*, in *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, a cura di M. Ronco, Bologna, 1999, 1 ss.

² G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, 2° ed., Milano, 2006, 53 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, 8° ed., Milano, 2006, 32 s; Vinciguerra, sub art. 1, in Ronco, Ardizzone (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, 16 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, p. gen.*, 5° ed., Bologna, 2007, 73 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, 3° ed., Milano, 2001, 215 ss. e 224 ss.; G. Vassalli, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, 323; G. Bettiol, L. Pettoello

non all'arbitrio, del giudice ulteriori margini di adattamento della sanzione alle peculiari caratteristiche di più o meno accentuato disvalore del fatto umano oggetto del giudizio³.

Il legislatore, onde attribuire al giudice strumenti d'individualizzazione della pena da un lato idonei a plasmarsi sulle particolarità del fatto, incidendo anche al di fuori dei limiti edittali⁴, ma, dall'altro, comunque, legislativamente predeterminati conformemente al principio di legalità della pena⁵, ha tipizzato espressamente, sia

Mantovani, *Diritto penale, p. gen.*, 12° ed., Padova, 1986, 57 ss.; A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 66 ss.; A. Barbieri, sub *art. 1*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, I, 2° ed., Milano, 2006, 36 e 48. In generale sul principio di legalità della pena nella dottrina italiana si rinvia inoltre S. Larizza, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2004, 122 ss., ed Autori ivi citati. Cfr., G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 3 ss.

³ Scolpiva limpidamente la centralità – nel tema delle circostanze del reato – della dialettica di matrice illuminista tra discrezionalità del giudice e sua soggezione alla legge, Riviere, *La France*, in Von Listz (a cura di), *La Législation Pénale Comparée, I, Le Droit Criminel des Etats Européens*, Berlin-Paris, 1894, 9 “Permettre au juge, meme quand il reconnoit des circonstances aggravantes, de dépasser la peine fixee par la loi eut etè revenir au système des peines arbitraries, condamné par la Révolution. Mais la loi détermine, à priori, certaines circonstances qui aggravent la peine à appliquer soit à toutes les infractions, soit à telle infraction spéciale”. Sull'esigenza di adeguamento della sanzione alle specifiche caratteristiche di disvalore del fatto, G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 176 ss., G. de Vero, *Circostanze del reato*, cit., 20 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Padova, 2004, 352 ss.; M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, 8° ed. Milano, 1994, 179 ss. E proprio sul fronte dell'applicazione giudiziale delle circostanze del reato, peraltro, che emerge con maggiore immediatezza, nel diritto vivente, il problema dei rapporti tra il principio di legalità ed i margini di rilevanza, nel nostro ordinamento, del precedente giudiziale come diritto di creazione giurisprudenziale. Illuminanti gli atti del Convegno di Cagliari, 23-25 ottobre 2004, sul tema *L'interpretazione della legge penale, il principio di legalità e il precedente giurisprudenziale (alla prova delle nuove tecnologie e di internet)*: in generale sui rapporti tra legalità e precedente giudiziale i contributi di E. Bacigalupo, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge. Un quadro europeo*, in Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 7 ss. (v. anche E. Bacigalupo, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 961 ss.) ed in particolare, sulla dialettica giudiziale nell'applicazione delle circostanze, gli interventi di M. C. Grisolia, *Il “precedente” della cassazione nella realtà di una Corte d'Appello*, in Cocco (a cura di), *Interpretazione*, cit., 95 ss., Polizzi, *Il valore del precedente in Corte d'Appello*, in *ibidem*, 203 e M. Marini, *Il valore del precedente nella prassi*, in *ibidem*, 211. Cfr., G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 3 ss.

⁴ Proprio quello dell'incisività oltre i margini dettati dalla cornice edittale è, sottolinea T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Digesto pen*, II, Torino, 1988, 189 s., il più rilevante elemento distintivo tra le circostanze del reato ed il coefficiente generale di commisurazione della pena dettato dall'art. 133 c.p. la cui operatività è limitata alla individuazione della pena in concreto all'interno del massimo e del minimo edittale predeterminato con riferimento a ciascuna norma incriminatrice (per approfondimenti, anche delle linee di evoluzione storica dell'istituto, v. specificamente G. De Vero, *Circostanze del reato*, cit., 17 ss., in particolare 43 ss.; ed inoltre T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 243 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 4; A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, cit., 68 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Diritto penale*, cit., 351 ss.). Cfr., G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 3 ss.

⁵ Attraverso la previsione del sistema delle circostanze, si conclude in G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, p. gen.*, cit. 412, “il legislatore ha dunque mirato ad un duplice obiettivo. Per un verso, tener conto di un insieme di circostanze particolari che, incidendo in concreto sulla gravità dell'astratta figura di reato, permettono di meglio adeguare la pena ai singoli e variegati casi criminosi che la realtà prospetta. Per altro verso, far sì che tale adeguamento sanzionatorio non rimanga affidato al puro potere discrezionale del giudice, ma si attui entro confini legislativamente predeterminati che fissano il tipo di situazioni su-

nella parte generale del codice penale sia nella parte speciale e nella legislazione extravagante, una serie di situazioni, alcune attinenti al reato, altre alla persona del reo, che non integrano autonomamente una responsabilità penale, ma la presuppongono, incidendo quantitativamente sulla cornice edittale propria del reato commesso e qualitativamente sul disvalore del fatto di reato.

Più precisamente, dunque, il legislatore per mezzo dello strumento delle circostanze proprie seleziona determinate situazioni tanto attinenti al fatto storico di reato, quanto alla persona del suo autore e gli conferisce, in astratto, la capacità di ridefinire la cornice edittale prevista per la fattispecie semplice. In primo luogo, pertanto, le circostanze del reato si dovrebbero caratterizzare, sul piano dell'apparato linguistico-normativo utilizzato, per una costruzione descrittiva di tipo particolareggiato e dettagliato con efficacia concretizzatrice del reato semplice. In tale ottica di selezione, specificazione e concretizzazione ben si può cogliere, dunque, l'opera del legislatore che attraverso la previsione della singola circostanza eleva l'elemento prescelto dal novero di cui all'art. 133 c.p., lo priva della conseguente mera capacità incisiva infraedittale e lo sottrae all'ampia discrezionalità ivi conferita al giudice.

Al contempo, tuttavia, la circostanza del reato, così determinata attraverso il canonico procedimento di tipizzazione normativa, viene poi posta nelle mani del giudice il quale, nel momento commisurativo c.d. in senso lato, viene, in maniera più o meno incisiva a seconda della concreta costruzione e della disciplina della singola circostanza, eteroguidato dal disposto normativo.

Ciò considerato è d'uopo, tuttavia, fin da subito evidenziare come, sebbene mosse da pregnanti esigenze di "guida-commisurativa", le circostanze del reato a una attenta analisi in punto di disciplina si rivelano foriere di non poche sorprese e costitutive di veri e propri paradossi e aporie logiche tanto da far pensare che l'attuale assetto normativo sia affetto da una cancrenica irrazionalità sistemica.

La funzione delle circostanze del reato è, dunque, quella di accostarsi – in presenza delle situazioni indicate dal legislatore – ad una fattispecie di reato già perfetta nella sua struttura (c.d. *reato semplice* o *base*) modificandone gli effetti sanzionatori e ciò al fine di un migliore adeguamento della pena alle particolari note caratteristiche presentate, ulteriormente ai profili strettamente integrativi degli elementi essenziali, da *quel* fatto di reato e da *quel* soggetto agente.

E' proprio la loro estraneità agli elementi essenziali del reato-base ad aver attribuito alle circostanze, nelle più diffuse ed autorevoli trattazioni⁶ la definizione di

scettive di essere prese in considerazione da parte del giudice medesimo". Cfr., G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 3 ss.

⁶ Bastino i riferimenti alle più autorevoli trattazioni: G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale*, cit., 331 e 419 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2005, 452 s.; M. Romano, *Commentario sist. del codice penale*, I, Milano, 2004, 639 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 243 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, p. gen.*, cit., 388 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, 16° ed., agg. da Conti (a cura di), Milano, 2003, 438 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, p. gen.*, cit., 411 ss.; R. Riz, cit., 308; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Diritto penale*, cit., 351; I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Padova, 2005, 477 ss.; R. Guerrini, *Le circostanze del reato*, in G. Insolera, (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 273 ss. Cfr., G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 5 ss.

elementi *accessori* o meglio *accidentali* del reato, nel senso che non sono essenziali, non sono costitutivi di una fattispecie incriminatrice, ma “si aggiungono” ad una fattispecie incriminatrice già costituita, modificandone la gravità. Sempre in una ottica definitoria si può, dunque, osservare come le circostanze rappresentino delle condizioni di tipo *contingente* ed *eventuale*.

L’etimologia latina della parola risulta particolarmente felice nella sua capacità descrittiva dell’istituto. *Circum-stare* indica un qualche cosa (un elemento) che sta attorno (*circum stat*) ad un *quid* di per sé già completo. Si tratta, pertanto, di elementi accidentali e come tali *defettibili* del reato in quanto non necessari alla integrazione della responsabilità penale nel suo disvalore tipologico *base* e rilevanti solo perché suscettibili di comportare effetti modificativi. Si tratterebbe, dunque, di elementi volti a descrivere particolari situazioni del fatto o atteggiamenti della persona a cui il legislatore, mediante la loro tipizzazione, conferisce capacità qualificante in senso valoriale o disvaloriale operando così, tanto sul piano *qualitativo* del fatto di reato, quanto su quello meramente *quantitativo* della pena.

Svolgono, pertanto, in tale accezione un ruolo del tutto secondario rispetto all’*an* della responsabilità penale, rilevando in via principale solo sul versante del *quantum* di pena irrogabile al reo⁷.

Tuttavia, tale elaborazione definitoria - a nostro avviso ancora del tutto sommaria e generica -, seppur capace di cogliere alcuni dati di fondo inequivocabili dell’istituto in esame, non trova un riconoscimento espresso nel codice, potendo così risultare frutto di una elaborazione essenzialmente aprioristica di tipo dogmatico.

Il codice Rocco, infatti, nella sua parte generale non dà una definizione espressa, chiara ed univoca del concetto di «circostanze del reato», ma si limita nel libro I, titolo III, capitolo II, a porne la disciplina e ad indicarne, attraverso una puntuale elencazione, quelle comuni. Il codice vigente detta, dunque, una peculiare e quanto mai articolata disciplina dell’istituto delle circostanze, rimarcandone caratteristiche ed articolazioni del tutto differenti rispetto a quelle predisposte per gli elementi costitutivi la responsabilità penale.

Talvolta si parla di circostanze che attenuano o aggravano la pena (art. 59.1 e 59.2 c.p.), altre volte (artt. 61 e 62 c.p.) si parla, invece, di circostanze che attenuano o aggravano il reato.

Al di là della evidente “confusione” fra concetti profondamente eterogenei quali quello di «pena» e di «reato», è parimenti indubbio che l’attenzione dello studioso che si approccia al tema delle circostanze del reato viene per così dire immediatamente (fin dalle prime norme in materia) catalizzata sull’effetto tipico, proprio della adesione di una circostanza ad una data figura criminosa: la modificazione in più o in meno (con effetto di sfondamento edittale) della pena a questa ricollegata.

⁷ Nella manualistica v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 525; M. Romano; *Commentario sist. del codice penale*, I, sub-art. 59, Milano, 1987, 546 ss.; A. Melchionda, voce *Circostanze del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 893. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 3 ss.

Non solo, l'analisi codicistica ci permette di sviluppare qualche ulteriore considerazione di non breve conto.

Pressoché tutte le disposizioni contenute nella parte generale del codice si caratterizzano, infatti, per dettare una apposita disciplina del momento commisurativo della pena. In tal senso si deve leggere, sia il disposto normativo di cui all'art. 63 c.p. (il quale regola l'applicazione degli aumenti e delle diminuzioni di pena nel caso di concorso omogeneo di circostanze), sia la previsione di limiti generali inderogabili di pena massima (art. 66 c.p.) e minima (art. 67 c.p.), sia la peculiarissima normazione dettata dall'art. 69 c.p. in caso di concorso eterogeneo di circostanze.

Ebbene, l'intera disciplina delle circostanze contenuta nella parte generale del codice (eccezion fatta per gli elenchi di circostanze contenuti negli artt. 62 e 63 c.p., nonché per la previsione delle circostanze attenuanti generiche *ex* art. 62 *bis* c.p. e per la distinzione fra circostanze oggettive e soggettive fatta dall'art. 70 c.p.⁸) è tutta univocamente tesa verso la predisposizione normativa di un sistema commisurativo di tipo "autoreferenziale".

Alla luce delle osservazioni appena sviluppate i termini del problema da risolvere si pongono, in tal modo, paradossalmente chiari.

Da una parte esiste il dato letterale posto all'inizio del capo dedicato dal legislatore alle circostanze del reato, il quale ne offre una nozione scarna ma allo stesso ben precisa e tutta incentrata sull'effetto caratteristico principale contraddistinguendole così da ogni altro elemento non dotato della stessa efficacia modificativa; dall'altra vi è l'esigenza, quanto mai viva in dottrina e giurisprudenza specie di legittimità, di individuare l'istituto *de quo* mediante una formula che non si esaurisca semplicemente nella mera descrizione di un determinato tipo di rilevanza, ma che, invece, ne colga anche gli aspetti più intrinseci e sostanziali e sia contemporaneamente comprensiva di tutte le manifestazioni del fenomeno.

Ecco, dunque, che con il preciso scopo di soddisfare tale esigenza i maggiori studiosi del tema⁹ hanno esaminato attentamente tutti i vari aspetti dell'illecito circostanziato e della circostanza.

⁸ Norma quest'ultima che in seguito della riforma del 1974 dell'art. 69 c.p. perde di reale importanza ai fini pratico applicativi. Rimane comunque interessante sul piano teorico-classificatorio. Cfr., in tal senso F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 541.

⁹ M. Angioni, *Le circostanze del reato aggravanti ed attenuanti comuni*, in *Studi economico-giuridici*, Università di Cagliari, 1928, 181 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale parte generale*, 1963, 325 ss.; E. Battaglini, *Diritto penale, parte generale*, 1949, 381 ss.; G. Bettiol, *Diritto penale, parte generale*, 1962, 410ss.; F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, 1933, 71, nota 1, 83 ss. e *passim*; Id., *Lezioni di diritto penale*, 1943, 196 ss. e *passim*; D. Cigna, *Il precetto comprimario ed i reati plurilesivi*, in *Riv. pen.*, 1918, 198 ss.; B. Cocurullo, *Le circostanze del reato*, 1940; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, 1963; S. Costa, voce *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in *Nuovo dig. it.*, vol. III, 1938, 164 ss.; T. Delogu, *I limiti di efficacia del giudizio di equivalenza o di prevalenza di circostanze*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, vol. IV, 1950, 373 ss.; A. De Marsico, *Diritto penale, parte generale*, 1937, 133 ss.; E. Florian, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di dir. Pen.* Coordinato da Florian, vol I, 1934, 399 ss. e *passim*; R. A. Frosali, *Sistema pen. it.*, vol. I, 1958, 575 ss.; N. Levi, *Delle circostanze del reato*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo* diretto da U. Conti, vol. I, 1934, 252 ss.; G. Maggiore, *Dir. pen., parte generale*, vol. I, tomo II, Bologna, 1951, 487 ss.; A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, in

Questa è stata così considerata nel suo *valore*, nella sua *struttura*, in relazione alla *funzione*, alla sua *influenza sulla gravità del reato* o sull'*oggettività giuridica* di questo.

Pressoché tutte le tradizionali impostazioni sono, tuttavia, concordi nelle premesse terminologiche, anche da noi, poste¹⁰ sebbene siano state valorizzate spesso in termini profondamente diversi.

Prima di esaminarle nelle loro linee caratteristiche essenziali appare quanto mai doveroso precisare fin da subito un aspetto.

«Definire» una determinata entità significa, lessicalmente, indicarne le proprietà e caratteristiche attraverso una “nobile” operazione di precisazione e fissazione dei limiti. Riteniamo, tuttavia, che una definizione in materia giuridica, che non voglia peccare di ontologismi preconcepi, non possa che passare per un’attenta e puntuale analisi delle caratteristiche di disciplina per poi “ritornarvi” con un effetto informatore di tipo “rigido” o “duttile”.

In buona sostanza, specie nel tema in esame, si deve procedere per gradi. In un primo tempo ad una elaborazione definitoria di tipo induttivo derivante dalla puntuale analisi della disciplina legislativamente predisposta, ed in un secondo momento di “ricaduta” deduttivo-informatrice. La definizione così elaborata con un procedimento logico-inferenziale avente ad oggetto le peculiarità in punto di disciplina normativa può, infatti, servire quale strumento discreto-rigido (ove contenga elementi peculiari contraddistintivi l’istituto) o, comunque, interpretativo-duttile (ove contenga, invece, solo elementi descrittivi ma non dotati di forza discreta univoca).

Sono, infatti, le concrete caratteristiche in punto di operatività delle circostanze del reato sancite dal legislatore a porre luce e chiarezza su quelli che risultano essere i caratteri peculiari dell’istituto, che, così nozionisticamente ricostruito, può a sua volta svolgere una importante funzione ermeneutico-interpretativa di tipo “flessibile” ove la disciplina – talvolta sclerotizzata stante le continue deroghe del tutto assistemiche – non offra criteri univoci solutori.

Sempre in via preliminare, è d’uopo constatare come la maggioranza dei più importanti studi monografici in tema di circostanze del reato si siano caratterizzati per un approccio investigativo che potremmo definire tipo *unidirezionale*. Con tale espressione si vuole rilevare, infatti, come questi abbiano avuto quale direttiva primaria nella propria elaborazione o (e in questo senso gli studi sono nettamente nu-

Enc. Dir., vol. VII; 1960, 66 ss.; V. Manzini, *Trattato*, cit., vol. I, locc. cit., vol. II; 1961, 173 ss.; G. Musotto, *Corso dir. pen., parte generale*, Palermo, 1960, 189 ss. e 1197 ss.; P. Nuvolone, *Les circonstances aggravantes exceptés la recidive et le concours d’infractions*, in *Rapport du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*, 1964; R. Pannain, *Gli elementi essenziali ed accidentali del reato*, Roma, 1936, 169 ss.; Id., *Manuale di dir. pen., parte generale*, vol. I., Torino, 1962, 236, 421 ss.; S. Ranieri, *Manuale di dir. pen., parte generale*, Padova, 1956, 322 ss.; C. Saltelli, R. Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. I, 1940, 389 ss.; A. Santoro, *Manuale di dir. pen.*, vol. I, Torino, 1958, 466, ss.; Id., voce *Circostanze del reato (dir. pen. comune)*, in *Novissimo dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, 264 ss.; Id., *Le circostanze del reato*, Torino, 1952; ed autori ivi citati. Cfr., più diffusamente, G. Marini, *Le circostanze del reato. Parte generale*, cit., 2 ss.

¹⁰ *Contra* A. Spina, *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 639 ss.

mericamente predominanti) i problemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base¹¹, oppure lo studio dell'effettiva operatività dell'istituto sul piano della commisurazione della pena¹².

A dire il vero, accanto a studi di tipo unidirezionale, in un periodo sicuramente a noi più recente, sono state elaborate alcune interessanti trattazioni monografiche le quali si sono meritoriamente prodigate nel cercare, in maniera più o meno consapevole e chiara, di valorizzare l'istituto delle circostanze del reato nella duplice dimensione tanto «strutturale» quanto «commisurativa»¹³. Tali studi a carattere *pluridirezionale*, mossi dalle insoddisfacenti argomentazioni elaborate dalle precedenti trattazioni sul piano nozionistico e funzionale, si sono sforzati nel valorizzare le circostanze proprie sia sul piano della capacità modulativa del valore-disvalore del «tipo semplice», sia sul versante della funzione commisurativa (giudiziale e/o legale): il tutto con un approccio scientifico di tipo “differenziato”. Si è, in altre parole, studiato l'incidenza delle circostanze sulla struttura del reato (e, quindi, sul rapporto tra «tipo base» e «tipo circostanziato») e sulla funzione commisurativa in senso ampio, rilevandone le peculiarità manifestate dalle singole tipologie classificatorie oppure dall'istituto di volta in volta preso in esame.

Conclusivamente sul punto occorre rilevare che proprio alla luce degli studi pluridirezionali, e più precisamente grazie ad un approccio investigativo che rifugge soluzioni aprioristicamente generalizzanti volte alla ricerca di una spiegazione unitaria (e solo apparentemente) razionalmente rassicurante del fenomeno, è stato possibile rinvenire, stante il rigore logico che li caratterizza, nella disorganicità strutturale e prima ancora funzionale dei diversi istituti delle circostanze del reato le *linee guida* e le *tensioni* di fondo al complesso sistema.

Proprio da tali riflessioni e da una attenta quanto puntuale loro considerazione emergono, a nostro avviso, le aporie e le illogicità sottese all'istituto in esame. «Irrazionalità» e «pericolosità» divengono, dunque, le parole chiave per capire l'istituto e al contempo porne le premesse di tipo rifondativo. «Irrazionalità» e «pericolosità», dunque, quali vizi congeniti al sistema delle circostanze del reato. Germe presente fin dalla loro positivizzazione codicistica del 1930 che è, tuttavia, andato crescendo e dilagando ad opera delle numerose, asistemiche e caotiche novelle normative che hanno interessato l'istituto negli anni. Dalla legge del 1944 alla “rivoluzione” attuata dal d.l. del 1974, fino ai numerosi interventi emergenziali drasticamente proliferati negli ultimi anni, in particolare con l'introduzione della c.d. *ex Cirielli* e dei pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009. Il disorganico e asistemico affastellarsi normativo si è inevitabilmente tradotto in una evidente disorganicità concettuale e valoriale che ha portato al collasso del sistema delle circostanze del reato corroborando, al contempo,

¹¹ A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit.; G. Marini, *Le circostanze del reato. Parte generale*, cit., 4 ss.

¹² G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 46; A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, cit., 56.

¹³ A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 558; A. Peccioli, *Le circostanze del reato nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

sempre di più quell'abisso che separa oggi il «mondo dell'essere» da quello del «dover essere» della pena.

2. Gli studi *unisettoriali*

Procedendo con ordine, nel solco del sopra delineato modello di indagine, occorre prendere le mosse dall'analisi di quelle impostazioni di studio che abbiamo definito essere *unidirezionali*.

Preliminarmente è, peraltro, d'uopo osservare come gli approcci investigativi in esame rappresentano sicuramente la maggioranza degli approfondimenti sul tema delle circostanze del reato, né appare corretto sostenere che questi siano divenuti ormai vetusti e del tutto superati. Svolgono, infatti, ancora oggi un ruolo dominante ed incisivo, seppure con i connaturati limiti che andremo approfondendo.

Gli studi unisettoriali, ad una loro più attenta e scrupolosa disamina, appaiono a loro volta classificabili in due distinti macro gruppi. Il primo è rappresentato da quegli orientamenti incentrati sui soli problemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base¹⁴. Il secondo gruppo è, invece, prevalentemente rivolto all'analisi della effettiva operatività dell'istituto sul piano della commisurazione della pena¹⁵.

Ebbene, occorre fin da subito chiarire che la trattazione e l'analisi delle sopra evidenziate dogmatiche procederà essenzialmente per nodi problematici. Una volta individuate le questioni principali che le diverse teoriche hanno posto al centro della loro attenzione, il presente lavoro le ripercorrerà singolarmente con un approccio, tuttavia, il meno possibile compilativo e riepilogativo. Si cercherà, infatti, di concentrare la riflessione direttamente e immediatamente su quelli che si ritengono essere le «frontiere» del dibattito cercando di darne un contributo chiarificatorio e/o, ove possibile, solutorio, il tutto per mezzo di una logica argomentativa di tipo dialogico, attenta alle diverse interrelazioni e ricadute sul piano strutturale e funzionale dell'istituto.

2.1 Le impostazioni tradizionali. Una indagine imperniata sui problemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base

Gli studi unisettoriali afferenti al primo modello e cioè quelli di tipo «strutturale» esaminano e, pertanto, tendono gli interi loro sforzi investigativi verso l'analisi di quattro principali, quanto essenziali, problemi: la differenza *concettuale* intercorrente fra elemento essenziale di fattispecie e elemento circostanziale; la *posizione* delle circostanze proprie nella teoria generale del reato; la determinazione dei *criteri* ido-

¹⁴ A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit.; G. Marini, *Le circostanze del reato. Parte generale*, cit., 4 ss.

¹⁵ G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 46; A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, cit., 56.

nei a distinguere, sul piano ermeneutico, fra elementi essenziali e circostanze del reato; la *tensione* fra le istanze legalitarie sottese al sistema delle circostanze del reato e la discrezionalità riconosciuta in capo al giudice nel momento del loro riconoscimento ed applicazione.

Prima di procedere all'analisi delle suddette problematiche quantomeno nei loro nodi essenziali (stante la necessaria economia del presente lavoro che, sul punto, mal si concilia con l'immenso patrimonio di contributi presente), occorre osservare che gli approcci unisetoriali di tipo «strutturale» hanno visto l'affermarsi di tesi eterogenee e contrapposte fra loro.

I contributi *de quibus*, sempre in una prospettiva di sistematizzazione e di organizzazione, sono espressivi di differenti impostazioni di studio, le quali, non esauriscono (specie l'ultima che esamineremo) la loro efficacia e plausibilità rispetto al solo modello (*id est* quello «strutturale») in esame. Presentano, infatti, un apporto utile, se non decisivo, per l'elaborazione concettuale sia del modello unisetoriale di tipo «commisurativo-funzionale», sia degli studi plurisetoriali.

Più precisamente, le impostazioni di studio sopra evidenziate appaiono riconducibili a tre diversi orientamenti: l'uno *formalistico-normativo*, l'altro *dogmatico-ontologico*, e l'altro ancora *normativo-funzionale*.

a) Il primo e più risalente approccio investigativo - oggi per lo più abbandonato - può essere definito di tipo *formalistico-normativo*. Con tale espressione si vuole sottolineare come gli studi ad esso ascrivibili si siano contraddistinti per una pedissequa, formale analisi del dato normativo circostanziale. Occorre rilevare, infatti, che l'entrata in vigore del codice Rocco aveva dato vita ad una vera e propria "esplosione" di interessi per lo studio della tematica delle circostanze del reato che, viceversa, fino a pochi anni prima «non aveva avuto nella scienza quella comprensione ed elaborazione che la materia comporta ed esige»¹⁶. Inequivocabili sollecitazioni ad un maggiore approfondimento di studio furono avanzate addirittura nei lavori preparatori e ciò anche al preciso fine di operare da "faro guida" per la giurisprudenza che si era vista improvvisamente impegnata rispetto a problematiche e difficoltà del tutto nuove. Questi studi, che si erano incentrati principalmente sulla sfera di applicazione di alcune specifiche ipotesi circostanziali - ed in particolare sul tema della premeditazione e della provocazione¹⁷ -, peccano, tuttavia, perché eccessivamente formalisti-

¹⁶ V. *Relazione della Commissione Reale per i Collegi degli Avvocati e Procuratori di Roma*, in *Lavori preparatori*, cit., III, 1°, 466. Sull'alto numero di studi in tema di circostanze pubblicati dopo l'entrata in vigore del codice Rocco. Cfr., A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 495.

¹⁷ La quasi totalità dei commenti alle prime pronunce giurisprudenziali si occupò, in effetti, di specifiche questioni legate soprattutto all'applicazione delle circostanze in materia di premeditazione e provocazione. Al riguardo, pur con riferimento ai soli scritti pubblicati nelle riviste di maggior diffusione nazionale nel corso dei primi cinque anni di vigenza del codice, v., ad esempio, L. Mancina, *Note sulla premeditazione*, cit., 291 ss.; G. Cassinelli, *La premeditazione nei giudizi d'assise*, cit., 98 ss.; D. Falco, *Lesioni colpose e provocazione*, cit., 936 ss.; E. Altavilla, *Provocazione e premeditazione*, cit., 329 ss.; Id., *Inconciliabilità della premeditazione con l'attenuante del motivo di particolare valore morale*, cit., 512 ss.; Di Maria Gomez, *Premeditazione e vizio di mente*, cit., 300 ss.; M. S. Lembo, *Colpa e provocazione*, cit., 239 ss.; M.

ci e settoriali. Se da un lato, infatti, presentano l'indubbio merito di prodigarsi nella ricerca e nella elaborazione di soluzioni interpretative relative a singoli istituti circostanziali alla luce della nuova disciplina introdotta e in stretta correlazione con le difficoltà del caso concreto - contribuendo così a fissare quei nodi interpretativi che tendono oggi ad essere considerati delle costanti irrisolte della intera materia in esame (prima fra tutte quella legata alla ricerca di una razionale collocazione delle circostanze del reato nel contesto del più generale impianto dogmatico del diritto penale) -, dall'altro lato, finiscono inevitabilmente col peccare di eccessivo *formalismo e staticità*. Più precisamente si può, infatti, osservare che gli studi in esame non operano una esegesi del dato letterale alla luce dell'articolato complesso disciplinare in cui la singola ipotesi in esame si trova collocata. Uno studio che non prenda in considerazione tutte le caratteristiche e peculiarità introdotte dal legislatore nella materia si rivelerà, dunque, ben presto fallace o comunque sia di scarsa utilità nel contributo di comprensione più ampia e generalizzata dell'istituto delle circostanze del reato.

Ecco, dunque, che ben presto, cominciò a svilupparsi un approccio di studio diametralmente opposto al precedente, fondato sulla convinzione - alquanto suggestiva - che «rendersi conto del fenomeno circostanziale significa, in fondo, ripercorrere la fenomenologia, o se vuoi la morfologia del reato, e riflettere sulle teorie generali dello stesso, le quali mai abbastanza saranno sottoposte all'esame degli studiosi»¹⁸.

b) In un primo momento lo sviluppo di tali riflessioni seguì una direttrice che potremmo definire di tipo *dogmatico-ontologico*. Con tale espressione ci si riferisce a quegli studi che muovendo dall'idea di tipo quasi pregiuridico di una intrinseca

Moretti, *Sulla coesistenza della attenuante per motivi di particolare valore morale o sociale con quella della provocazione*, cit., 556 ss.; F. Palermo, *La premeditazione nel codice penale. Suo esame critico*, cit., 709 ss.; A. Valsecchi, *Ancora sulla compatibilità fra colpa e provocazione*, cit., 328 ss.; G. Zeppieri, *Questioni sulla premeditazione*, cit., 580 ss.; P. Zebroglio, *La premeditazione nel sistema del nuovo codice penale*, cit., 185 ss.; F. Alimena, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, cit., 746 ss.; E. Battaglini, *Sulla coesistenza della premeditazione e della provocazione*, in *Giust. pen.*, II, 1934, 1201 ss.; E. Capalozza, *I rapporti tra la diminuzione generica dei motivi morali o sociali e l'aggravante specifica della premeditazione*, cit., 243 ss.; F. Rende, *Fondamento del valore attenuante della provocazione. Provocazione e premeditazione*, cit., 1 ss.; G. Sabatini, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, cit., 123 ss.; Id., *Se la premeditazione sia conciliabile con la provocazione e con i motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Foro it.*, II, 1934, 337 ss.; G. Zeppieri, *La conciliabilità della premeditazione con la provocazione*, cit., 95 ss.; F. Alimena, *I rapporti fra la premeditazione ed il vizio parziale di mente*, cit., 855 ss.; T. Delogu, *Il concorso della premeditazione con il vizio parziale di mente*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, 215 ss.; G. Escobedo, *Incompatibilità della premeditazione coi motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Giust. pen.*, 1935, 857 ss.; Id., *Infermità parziale di mente, provocazione, motivi di particolare valore morale e sociale e misure di sicurezza*, cit., 992 ss.; P. Gismondi, *Premeditazione e semi infermità mentale*, cit., 169 ss.; Janniti Piro-mallo, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, cit., 225 ss.; N. Natali, *Sulla possibilità di coesistenza delle circostanze attenuanti della provocazione e dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Arch. dir. proc. pen.*, 179 ss. Per un quadro completo e dettagliato si può comunque fare riferimento anche alle indicazioni riportate nel *Dizionario bibliografico delle riviste giuridiche italiane*, a cura di V. Napolitano, annate 1865-1954, Milano, 1956, voce *Circostanze del reato*, 313 ss. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 496.

¹⁸ A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., la prefazione.

“non essenzialità” delle circostanze del reato giungevano a fondare e legittimare la scelta legislativa di introdurre una autonoma e diversificata regolamentazione del settore. Il suddetto presupposto teorico diveniva, al contempo, giustificativo della esigenza di contrapposizione diretta con quanto, invece, afferente al nucleo costitutivo dell’illecito penale¹⁹: nodo quest’ultimo centrale nelle teoriche a carattere *dogmatico-ontologico*. Il processo di progressiva ontologizzazione normativa del regime introdotto dal codice del 1930 ha portato le impostazioni in esame verso un vero e proprio disinteresse per una rinnovata riflessione critica sia dell’effettivo fondamento dell’attuale disciplina della materia, sia sul significato, sul valore, sui riflessi, delle scelte di tipo tecnico-legislativo. Ebbene, il suddetto orientamento partendo da posizioni del tutto aprioristiche, non empiricamente verificate attraverso l’analisi delle singole disposizioni normative, si rende foriero di istanze e di una lettura di tipo “universale”, nella forzata ricerca di spiegare il fenomeno circostanziale - tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale - in maniera unitaria. Evidente, dunque, la fallacia di tale approccio ermeneutico che finisce con il tralasciare una puntuale, quanto umile, esegesi delle norme in materia, non ricercandone così il significato funzionale alla luce delle loro interrelazioni con il complessivo assetto disciplinare. E’ doveroso, infine, rilevare che il difetto di un approccio aprioristico, che si traduce sul piano argomentativo in asserzioni essenzialmente tautologiche, negli ultimi anni sembra aver contagiato anche alcuni raffinati studi di tipo autonomista, i quali, al contrario dell’orientamento appena ripercorso, si fondano sul concetto di “essenzialità” dell’elemento circostanziale. Ebbene, qualsiasi approccio di studio di tipo aprioristico di fatto risulta essere *non scientifico*, dal momento che non indaga sulle ragioni prime ed ultime della soluzione individuata in una prospettiva dialogico-critica, ma si muove essenzialmente per intuizioni che, ove sprovviste di un attento lavoro edificatorio alle spalle, rischiano, alla prima ventata, di rivelarsi del tutto instabili in quanto prive di solide fondamenta.

c) Gradualmente discostandosi da tale impostazione di tipo assiologico-aprioristico, una attenta dottrina²⁰, che prese le mosse dalla teorica di Marcello Gallo

¹⁹ Su questo aspetto v. l’esplicita puntualizzazione di A. Santoro, *Le circostanze*, cit., 19: “Dato che le circostanze sono elementi accidentali, esse si contrappongono agli elementi essenziali, in quanto non concorrono a formare (costituire) il reato ma valgono a modificarne l’entità”. In termini sostanzialmente analoghi v. anche la successiva precisazione di T. Delogu, *I limiti*, cit., 373, che da una aprioristica individuazione del significato che la contrapposizione fra elementi essenziali ed elementi accidentali appare assumere nella teoria del reato, giunse all’immediata conclusione “che le *circostanze* non possono mai essere *elementi essenziali* del concetto di un determinato reato”. Prescindendo dalle opere di più recente pubblicazione sull’intera questione v. anche G. Battaglini, *Diritto*, cit., 380 ss.; A. De Marsico, *Diritto*, cit. 230 ss.; G. Maggiore, *Diritto*, cit., 487 ss.; R. Pannain, *Manuale*, cit., 496; S. Ranieri, *Manuale di diritto penale*, cit., 313 ss.; A. Santoro, *Manuale*, cit., 466 ss.; O. Vannini, *Manuale*, cit. 188. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 513.

²⁰ Cfr. G. Contento, *Introduzione*, cit., 16 ss.

sulla autonomia della fattispecie astratta del reato circostanziato²¹, pone in evidenza la impossibilità - peraltro rimarcata ancor prima in un attento scritto di Zebroglio²² - sul piano della teoria generale del diritto di accertare l'esistenza di un criterio ontologico, teleologico o formale che consenta di distinguere fra elementi che intervengono nella struttura della norma con efficacia costitutiva, ed elementi che, conservano un valore prettamente accessorio ed accidentale. Il merito di Gallo fu, dunque, quello di mettere a fuoco con indubbio rigore logico la vera essenza del problema delle circostanze del reato segnando al contempo anche il «punto di passaggio ad una considerazione del fenomeno circostanziale non più ancorata alla forza della tradizione, ma ispirata a rigorosi principi metodologici»²³. Tali osservazioni hanno così aperto la strada ad un terzo approccio di studio in tema di circostanze del reato, che potremmo definire di tipo *normativo-funzionale*. L'impostazione in esame si propone di coniugare l'imprescindibile primato metodologico di un approccio prettamente normativo al problema con la ricerca di una plausibile giustificazione sistematica della pretesa specificità giuridica delle circostanze. In tale ottica si è, infatti, affermato che lo studio delle circostanze necessita «di essere condotto prima di tutto nella prospettiva della disposizione normativa che la prevede, perché soltanto da essa potranno emergere le caratteristiche giuspositive del fenomeno»²⁴. La precisazione ha così indotto ad affermare che «la circostanza non è “circostanza del reato” in quanto implichi necessariamente un accidente riferibile ad un determinato elemento costitutivo del reato stesso, ma solo in quanto la disposizione normativa circostanziale non può in nessun caso produrre effetti se non in connessione con gli effetti del reato ed è quindi “accessoria” rispetto alla fattispecie costitutiva e alla responsabilità penale». La puntualizzazione *de qua*, la quale muove da un approccio investigativo di tipo normativo-funzionale, appare coerente con l'impossibilità, nel quadro della c.d. fattispecie astratta, di differenziare la posizione delle circostanze rispetto a quella degli ulteriori elementi, che con esse concorrono a delineare la sfera di applicabilità

²¹ M. Gallo, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 560.

²² P. Zebroglio, *Appunti intorno ad una teoria delle circostanze e al potere discrezionale del giudice*, in *Riv. pen.*, 1943, 341 ss.

²³ Cfr. G. Contento, *Introduzione*, cit., 16 e 18. L'affermazione è di certo molto significativa e peculiare, in quanto pronunciata proprio da chi ha più contribuito alla ricerca di una diversa giustificazione dogmatica dell'istituto delle circostanze. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 515.

²⁴ T. Padovani, voce *Circostanze*, cit., 189. Puntualizzazioni sostanzialmente analoghe furono invero avanzate anche da Marcello Gallo (v. M. Gallo, *Le forme*, cit., 1 s.), il quale a sua volta accennò al carattere “accessorio” che la disposizione sostanziale presenterebbe rispetto a quella con la quale si fissano gli “elementi essenziali e costitutivi della figura criminosa”. In questa occasione l'autore non mancò tuttavia di confermare il rilievo sostanzialmente accessorio tipico delle stesse circostanze del reato: sulla scorta di postulati pressoché tradizionali ribadì, infatti, che “le circostanze rappresentano elementi eventuali ed accessori in quanto la loro presenza non influisce sull'esistenza o meno del reato, ma possono dare ad uno stesso comportamento una diversa carica di disvalore sociale”. Cfr. A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 518.

di una nuova ed autonoma norma giuridica. Al contempo l'impostazione dogmatica appare poi idonea ad attribuire un senso logico a quel tradizionale riconoscimento di una dimensione autonoma del fenomeno circostanziale che, assunto ormai come un dato valoriale pregiuridico - anche se contestato e corretto -, consentirebbe di attribuire un pur parziale fondamento alla effettiva peculiarità dell'attuale regime normativo dell'istituto. In tale ottica, pertanto, la stessa natura accidentale delle circostanze del reato viene così a trasformarsi da (pretesa) peculiarità "ontologica" dell'istituto, da (asserito) presupposto di legittimazione logico-sistematica del diverso regime di disciplina per esso previsto, a semplice caratterizzazione modale della relativa disposizione di legge. Non, dunque, un dato che, come affermato, invece, dall'approccio dogmatico-ontologico, riflette l'essenza stessa, il "modo di essere" delle circostanze, ma solo un aspetto di valore prettamente formale, legato alla coerente autonomia normativa di una specifica disposizione dell'ordinamento²⁵. Ponendo così al centro della intera speculazione dogmatica l'analisi di quanto più specificamente emergente dalle sole caratteristiche positive dell'istituto, l'impostazione di studio normativo-funzionale permette di mettere in evidenza tre centrali passaggi metodologici di primario rilievo per lo studio delle circostanze del reato. In primo luogo si viene così attualizzando una inversione degli originari presupposti di problematicità del fenomeno circostanziale. In tal senso, infatti, più che quale "effetto" di una diversità apprezzabile nel senso della (asserita) dimensione prenormativa dei singoli elementi considerati, la stessa peculiarità della loro disciplina legislativa ha cominciato ad essere interpretata quale fonte primaria di una vera e propria necessità dogmatica di differenziazione del ruolo delle circostanze. In altri termini, più che quale effetto della loro peculiare natura accidentale, proprio l'esclusivo regime giuridico previsto per le sole circostanze ha cominciato ad essere inteso quale presupposto di legittimazione di una collocazione distinta e separata, da quella diversamente adottata per gli elementi essenziali del reato. Evidenti le ricadute sul piano della collocazione dell'istituto nella teoria generale del diritto. In secondo luogo la suddetta impostazione dogmatica conferisce un grande apporto sul piano definitorio, dal momento che consente di spogliarsi delle non meglio argomentate considerazioni aprioristiche in punto di "essenzialità", "non essenzialità". L'istituto delle circostanze del reato viene, così, definito attraverso un movimento argomentativo di tipo induttivo, che vede la propria base di studio nelle singole disposizioni normative in tema di circostanze e nelle loro interrelazioni sul piano strutturale e funzionale. Le peculiarità di disciplina consentono, dunque, allo studioso e all'interprete da un lato di chiarire concettualmente l'istituto in esame e dall'altro - su di un piano più propriamente pratico-applicativo - permettono di verificare con chiarezza se siano o meno rin-

²⁵ Il dato è tuttavia confermato dal fatto stesso che, sotto questo profilo, il carattere accessorio della disposizione circostanziale si presenta quale requisito di fatto comune anche ad ogni diverso istituto (quale ad esempio quello del tentativo, o del concorso di persone nel reato), che risulti fondato su di una disposizione normativa destinata ad operare solo in correlazione con altre disposizioni incriminatrici. Cfr. A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 519.

tracciabili dei “segni” contraddistintivi di tipo esclusivo (propri cioè delle sole circostanze del reato), oppure gli elementi evidenziati abbiano una efficacia meramente descrittiva del fenomeno (come tali non dotati di una capacità discrezionale univoca ma solo indiziante sul piano ermeneutico). Un siffatto approccio permette poi l’elaborazione di taluni criteri interpretativi in ordine alla “più opportuna” tecnica di previsione normativa delle circostanze del reato. Criteri quest’ultimi che possono rilevarsi in ultima istanza dei “duttili” (nel senso che possono essere poi “smentiti” da indici testuali dirimenti inequivocabili) parametri distintivi dell’istituto delle circostanze proprie dagli elementi costitutivi. In terzo ed ultimo luogo la suddetta impostazione di studio permette di sviluppare una metodologia investigativa volta a valorizzare un approccio scientifico “differenziato” nel contesto di un modello pluridirezionale. Il constatare la disorganicità strutturale e funzionale dei diversi istituti delle circostanze del reato appare, infatti, la sola via per poter evidenziare con sufficiente chiarezza e coerenza sistemica da un lato quelle che sono le *linee guida* e le *tensioni* di fondo al fenomeno circostanziale e dall’altro la sua razionalità/irrazionalità e strumentalità/pericolosità in punto di disciplina.

Tutto quanto sopra premesso e chiarito ci accingiamo ora alla analisi dei principali nodi problematici che hanno impegnato quelle impostazioni di studio di tipo unidirezionale imperniate su problemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base, con le avvertenze e precisazioni già mosse a conclusione del secondo paragrafo.

2.1.1 Essenzialità *versus* accidentalità

La prima questione che ci troviamo ad affrontare concerne la natura ed i predicati propri dell’elemento circostanziale e dell’elemento costitutivo. L’indagine, che ha appassionato e impegnato pressoché tutti i maggiori studiosi del tema delle circostanze del reato, può sembrare del tutto teorica e di scarsa utilità pratico-applicativa. Risulta essere, tuttavia, un passaggio imprescindibile al fine sia di distinguere l’elemento circostanziale da quello costitutivo - anche nell’elaborazione (questa sì operazione più concreta) dei criteri discretivi -, sia di collocare strutturalmente l’istituto delle circostanze nella teoria generale del reato.

Prima di passare alla puntuale analisi della problematica occorre effettuare alcune preliminari precisazioni.

Come efficacemente ed in maniera perspicace affermato da un illustre autore²⁶, la struttura propria dell’elemento circostanziale deve individuarsi nella convergenza di tre requisiti, due di ordine *normativo* ed uno di ordine *logico*.

Sul versante normativo, la struttura delle circostanze si compone di un requisito *negativo* ed uno *positivo*²⁷.

²⁶ T. Padovani, voce *Circostanze*, cit., 189.

²⁷ V. in tal senso anche G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 5 ss.

Il requisito *negativo* esclude che una situazione tipica considerata dal legislatore ai fini della determinazione della pena possa contestualmente assumere la natura di elemento essenziale di un reato e d'elemento circostanziale: è lo stesso *incipit* degli artt. 61 e 62 c.p., infatti, ad attribuire ai singoli elementi circostanziali la funzione, rispettivamente, aggravante ed attenuante di un reato esclusivamente «quando non ne sono elementi costitutivi». Può, dunque, pervenirsi all'affermazione, in linea generale, della natura circostanziale di tutte quelle situazioni afferenti al fatto o al suo autore tipizzate dal legislatore in funzione modificativa della pena che non siano configurabili come requisiti essenziali di un determinato reato²⁸.

Il requisito *positivo* consiste, invece, nell'effetto modificativo, quantitativo o qualitativo (a seconda della tipologia di circostanza: ad efficacia comune, indipendente, ad effetto speciale o autonoma) sulla pena edittale prevista per il reato-base, ricollegato dal legislatore all'integrazione della circostanza.

Sul versante della *struttura logica*, infine, le circostanze sono elementi specializzanti rispetto al reato-base: la forma circostanziata di un reato, risultante appunto dalla combinazione del reato-base con l'elemento circostanziale si caratterizza, infatti, per la specificazione di un elemento ulteriore, rispetto a quelli richiesti dal primo e che incarna, appunto, quel maggiore o minore disvalore a cui è riconnessa la variazione di pena²⁹.

Ebbene, il profilo maggiormente problematico lasciato aperto dal triplice criterio identificativo appena enunciato si annida nel requisito negativo, che impone all'interprete, a fronte di una previsione normativa posta in rapporto logico di specialità con una norma incriminatrice e caratterizzata da effetti modificativi penali, una scelta di fondo circa la sua qualificazione come elemento essenziale di una autonoma ipotesi di reato, speciale rispetto alla prima, oppure come elemento circostanziale. Infatti, la struttura logica della specialità, ma anche il riferimento *de relato* alla pena prevista da una differente norma incriminatrice, non sono, di per sé, tratti caratteristici dei soli elementi circostanziali, essendo compatibili in realtà, anche con l'attribuzione all'elemento specializzante della natura costitutiva di una autonoma figura di reato, posta in rapporto di specialità con altri reati costituenti, invece, disposizioni generali³⁰.

²⁸ In particolare, sul punto, L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 366 s. Cfr., più diffusamente, G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 6 ss.

²⁹ Tra i tanti G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale*, cit., 419 s.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, p. gen., cit., 439; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi*, cit., 350; R. Guerrini, *Le circostanze del reato*, in Inso-lera (a cura di), *Introduzione*, II, cit., 280; L. Concas, *Circostanze del reato*, cit., 347; non ritengono, invece, che sia presupposto necessario della qualifica circostanziale la (pur ritenuta frequente) sussistenza di un rapporto di specialità con il reato-base M. Gallo, *Appunti*, III, cit., 28 ss.; A. Manna, *Osservazioni*, cit., 2; M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, *Principi generali*, "Aberratio delicti", Torino, 1988, 45 ss. Cfr., più diffusamente, G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 6 ss.

³⁰ "Si tratta di stabilire", sintetizza T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit. 193, "quando la previsione normativa di un elemento corrisponda ad una modificazione della pena, e quando invece essa dia vita, in combinazione con una determinata fattispecie, ad un'autonoma figura criminosa, speciale rispetto a quella di riferimento". In termini analoghi G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale*, cit. 420 s.; A. Pagliaro,

La difficoltà della distinzione fra elementi essenziali ed accidentali dipende, dunque, innanzitutto dalla constatazione che la fattispecie del reato circostanziato, considerata nella sua struttura, si pone rispetto a quella del reato semplice in un rapporto di specialità del tutto identico rispetto a quello, di specialità unilaterale³¹ rilevabile tra reato generico e reato semplice.

Invero, poiché la circostanza è elemento accidentale che presuppone, perché possa assumere rilevanza, un reato perfetto, la fattispecie del reato circostanziato è sempre composta da tutti gli elementi del reato base, e da un elemento ulteriore, quello appunto rilevante come circostanza³² che può (astrattamente³³) essere eterogeneo rispetto alle componenti del reato semplice oppure risultato della specificazione di un elemento costitutivo³⁴. In questa seconda ipotesi la norma attribuisce rilevanza come circostanza ad uno dei possibili atteggiamenti particolari in cui può

Colpevolezza, cit., 462; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, p. gen.*, cit., 415 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, cit., 438. Cfr., G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 7 ss.

³¹ Che si distingue dalla specialità reciproca o bilaterale, perché, mentre nelle ipotesi di specialità unilaterale gli elementi specializzanti sono concentrati in una sola fattispecie, nella specialità reciproca invece in entrambe le fattispecie astrattamente considerate sono presenti elementi specializzanti nei confronti dell'altra. Per questi concetti v. F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 226 s., nonché gli Autori ivi citati. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 347.

³² Sul punto la dottrina è sostanzialmente concorde. Cfr., tra gli altri, M. Gallo, *Appunti*, cit., 5; A. Malinverni, *Circostanze del reato*, cit., 66 s.; R. Pannain, *Gli elementi essenziali*, cit., 184; e tra i manuali: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte gen.*, cit., 341, S. Ranieri, *Manuale di diritto penale, parte gen.*, cit., 1968, 360. Tutti sottolineano altresì che il rapporto tra reato semplice e reato circostanziato è di genere a specie. Singolare è la posizione di Santoro, il quale, mentre riconosce che “ la circostanza è un di più, un'aggiunta che viene ad inserirsi nel reato ” (v. A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 23 e 25, nota 1), tuttavia sostiene che “ non mancano casi di circostanze aggravanti il cui concorso supplisce, sostituendolo, un elemento costitutivo del reato ” (p. 211); ed indica come esempio l'ipotesi regolata dall'art. 426 c.p. che descrive un reato base in cui l'evento costitutivo è un pericolo, mentre il corrispondente evento dannoso, previsto dal capoverso dello stesso articolo, fungerebbe secondo Santoro, da circostanza aggravante. Peraltro, tale opinione non può essere condivisa. Quando, infatti, con la configurazione della nuova fattispecie si utilizzino gli elementi costitutivi di un reato, tranne uno, che viene sostituito, essa non potrà mai qualificarsi di reato circostanziato; posto che il reato circostanziato presuppone la coesistenza, insieme, alla circostanza, di tutti gli elementi costitutivi del reato base. Pertanto, nell'esempio prospettato da Santoro, se l'evento di danno sostituisse effettivamente l'evento di pericolo, e non rappresentasse un *quid pluris* rispetto ad esso, sarebbe più esatto sostenere che con tale sostituzione viene creata una nuova figura di reato (in questo senso v. R. Pannain, *Gli elementi essenziali*, cit., 251). Nel caso di specie, pertanto, il problema da risolvere pregiudizialmente è se l'evento di danno possa considerarsi un *quid pluris* rispetto al corrispondente evento di pericolo. E la risposta a noi sembra dover essere affermativa poiché il pericolo è danno potenziale ed il danno reale è, quindi, concettualmente qualcosa di più rispetto ad esso e, comunque, presuppone ovviamente che si sia concretata anche la possibilità apprezzabile del danno stesso. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 347.

³³ La precisazione risulterà più chiara nel proseguo della trattazione. A nostro avviso, infatti, sarebbe più “consona” con la stessa idea di accessorietà così come ricostruita dall'analisi della disciplina delle circostanze del reato la specialità *per specificazione* e non la specialità *per aggiunta*.

³⁴ Ciò che si verifica in tutti i casi in cui l'elemento ulteriore non sia un atteggiamento particolare di un elemento costitutivo del reato, ma sia un dato di fatto del tutto diverso rispetto ai singoli elementi costitutivi. Tale è, ad esempio, il consenso della donna, previsto come circostanza attenuante del delitto di atti abortivi su donna ritenuta incinta (art. 550 cpv. c.p.). Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 347, v. in particolare la nota 6.

manifestarsi un elemento costitutivo del reato semplice, ovviamente senza sostituire il dato generico che anzi è presupposto e da cui viene ricavato attraverso un processo di specificazione³⁵.

Peraltro, anche il reato speciale, su un piano strutturale, risulta costituito, al pari di quello circostanziato, dalle componenti di un reato e da un ulteriore elemento, che può essere eterogeneo rispetto agli elementi del reato base oppure può consistere in un atteggiamento particolare di un elemento essenziale di tale reato³⁶. Così ad esempio, l'omicidio del consenziente, che è reato speciale rispetto all'omicidio comune, risulta costituito dagli elementi di questo e da un elemento ulteriore, eterogeneo, il consenso della vittima. Ed il delitto di peculato, che è reato speciale rispetto al delitto di appropriazione indebita, è costituito dagli elementi propri di questo e da un elemento ulteriore, che è il risultato della specificazione del soggetto attivo; mentre, infatti, il soggetto attivo di questa è in genere chiunque, il soggetto attivo del delitto di peculato è il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, cioè una persona qualificata in quanto legittimata all'esercizio di una pubblica funzione o all'espletamento di un pubblico servizio.

La difficoltà di stabilire se una fattispecie costituita dalle componenti di un reato e da un elemento ulteriore, specializzante, sia di reato circostanziato o di reato speciale e, quindi, di stabilire se l'elemento specializzante funga da circostanza oppure da elemento costitutivo di un reato autonomo, dipende proprio dalla identità esteriore strutturale, delle due fattispecie, del reato circostanziato e del reato speciale, considerate in relazione a quella del reato base.

A ben poco serve sottolineare, come spesso accade anche in dottrina, il dato inconfutabile che l'elemento aggiuntivo nel primo caso è accidentale e soggiace, quindi, alla disciplina stabilita per le circostanze; mentre nel secondo è essenziale ed è assoggettato, pertanto, alla disciplina prevista per gli elementi costitutivi. Infatti, il vero problema è di precisare i criteri in base ai quali esso può e deve qualificarsi come circostanza oppure come elemento specializzante con funzione costitutiva. E la sua soluzione è indubbiamente ostacolata, innanzitutto, dall'agevole constatazione che nessun criterio ontologico può essere impiegato utilmente ai fini della distinzione, poiché lo stesso materiale di fatto può essere valorizzato dal legislatore indifferente-

³⁵ Un esempio è offerto dall'art. 245 cpv., c.p., che prevede come circostanza aggravante quelle intelligenze con lo straniero (elemento costitutivo del reato base) che abbiano per oggetto una propaganda con il mezzo della stampa. Altro esempio è offerto dall'art. 491 che considera aggravato il falso in scrittura quando la scrittura oggetto della falsificazione sia un testamento olografo ovvero una cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 348.

³⁶ Naturalmente, non si vuole sostenere in questa sede che il rapporto di specialità sia configurabile soltanto quando due fattispecie di reato, considerate nella loro struttura, si trovino nella relazione indicata nel testo. Sull'argomento, v., in particolare, F. Mantovani, *Concorso*, cit., 206 ss. e 431 ss. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 354.

mente o come circostanza o come elemento specializzante, costitutivo di un reato autonomo³⁷.

Allo stesso tempo nessun valido criterio di distinzione può essere colto neppure sul *piano effettuale*. Tanto il reato circostanziato, quanto il reato speciale si caratterizzano, infatti, rispetto al reato base, perché la pena edittale ricollegabile ad essi è diversa, per *quantitas* o *species*, rispetto a quella stabilita per il reato semplice³⁸; ed anzi occorre aggiungere che nella più ampia categoria degli elementi accidentali del reato le circostanze si distinguono e si caratterizzano proprio per la loro incidenza sulla pena edittale³⁹.

Ebbene, tali difficoltà hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza nel ricercare quelle che sono le differenze concettuali e le peculiari caratteristiche che contraddistinguono l'elemento costitutivo da quello accidentale, per lo più, tuttavia, con un approccio di tipo *dogmatico-ontologico*.

Prendendo le mosse, invece, - in ossequio ad un approccio investigativo fondato sul modello *normativo-funzionale* - da una ricostruzione strettamente disciplinare dell'istituto delle circostanze del reato ed in particolare dalla analisi degli istituti volti a disciplinarne il regime di imputazione (art. 59 c.p.), il concorso eterogeneo (art. 69

³⁷ Sul punto vi è concordanza di opinioni in dottrina. V., in particolare, R. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 66. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 355.

³⁸ Cfr. F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1053, il quale sottolinea come l'unico dato caratterizzante normativamente la categoria è di natura meramente effettuale, riguardando l'incidenza che l'elemento accessorio ha rispetto alla pena edittale; P. Nuvolone, *Accertamento della pericolosità del processo di cognizione*, in *Pene e misure di sicurezza - Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962, 14; C. Pedrazzi, *Nota alla sentenza della Cass., Sez. Un., 30 maggio 1959*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 206 s. (anche la Cassazione, nella sentenza testè richiamata, ha precisato che le circostanze "reagiscono sulla sanzione tipica contenuta nel precetto secondario, nel senso di variarne l'entità in più o in meno"). Sull'argomento v. anche G. Marini, *Le circostanze*, cit., 19 ss., il quale esattamente ravvisa la rilevanza specifica delle circostanze nella modificazione, in più o in meno, della pena stabilita per il fatto; ma, opportunamente, precisando che l'influenza modificatrice della sanzione ricollegata al fatto, propria delle circostanze, non è legata ad alcun vincolo modale particolare, sostiene altresì che essa potrebbe consistere nella sostituzione, con latra più grave o più lieve, della *pena base*, o nella sua modifica, quantitativa, o nell'aggiunta di altra specie di pena (p. 24). Il riferimento alla pena base è verosimilmente frutto di un *lapsus*, non potendosi dubitare che quanto meno in caso di sostituzione della pena stabilita per il reato semplice o di aggiunta di altra specie di pena si ha variazione non della pena base, bensì della pena edittale; tanto più che lo stesso Marini critica l'opinione del Contento secondo cui l'effetto tipico delle circostanze sarebbe quello di incidere sulla pena base. Occorre, infine, osservare che proprio perché l'incidenza delle circostanze sulla pena edittale non è legata ad un vincolo modale particolare, sarebbe inesatto ritenere che i motivi di lucro, previsti dall'art. 24.2 c.p. come elemento che può determinare, per i delitti punibili con la reclusione, l'applicazione concorrente della multa, non possa fungere da circostanza; come sostengono C. Saltelli, R. Romano Di Falco, *Commento teorico pratico del codice penale*, vol. I, Roma, 1956, 405, sul rilievo che nel caso in esame non si tratta di aggravare la pena, ma di aggiungere una specie di pena ad un'altra. Per la critica di questa opinione v. M. Marini, *Le circostanze*, cit., 22, nota 38. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 355, nota 25.

³⁹ Non sono circostanze del reato, perciò, bensì elementi accidentali diversi dalle circostanze quelli che, senza incidere sulla pena principale, influiscono sulla procedibilità (es.: art. 582 cpv., c.p.). Cfr. M. Marini, *Le circostanze*, cit., 24 ss.; *contra*: T. Delogu, *I limiti di efficacia*, cit., 375 ss. Cfr. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 356.

c.p.) e la disciplina dell'applicazione degli aumenti o diminuzioni di pena (artt. 63 ss. c.p.), appaiono del tutto evidenti le peculiarità rispetto agli altri elementi (costitutivi) del reato, così che se ne può evincere una disciplina di tipo subordinato, accessorio e speciale: caratteri questi ultimi che vanno a sostanziare lo stesso istituto in esame.

Troppo spesso, tuttavia, anche gli studi condotti sul modello *de qua* hanno concentrato la loro analisi sul solo concetto di accessorietà tralasciando così di chiarire cosa si intenda per essenzialità del reato.

A nostro avviso, invece, l'indagine deve procedere in maniera completamente differente *essentialia delicti* ed *accidentalialia delicti* sono concetti che non possono che definirsi a vicenda attraverso una descrizione dialettico-oppositiva. Si ritiene, peraltro, che solo dopo aver chiarito cosa è un elemento essenziale potremmo passare ad analizzare ciò che è, invece, accidentale.

Procedendo, dunque, con ordine secondo una autorevole definizione, a carattere marcatamente filosofico, «appartiene all'essenza di una cosa ciò senza di cui la cosa non può essere né essere pensata»⁴⁰. Elementi essenziali del reato sono, dunque, quegli elementi che esprimono il contenuto di disvalore minimo, l'offesa base ritenuta penalmente rilevante. Tali sono, dunque, tutti quelli da cui dipende l'esistenza del reato: gli elementi mancando i quali *quel* reato viene necessariamente meno. L'elemento costitutivo-essenziale esprime, pertanto, o il discrimine fra liceità/illiceità del fatto posto in essere o, comunque, la sua mancanza realizza il passaggio alla integrazione di una diversa fattispecie di reato a carattere generale⁴¹. Ciò che è costitutivo ha, dunque, una «portata incriminatrice»: la sua presenza o assenza incide, infatti, sull'integrazione di *quello specifico* reato. Di fondo alla previsione di un elemento quale elemento costitutivo vi è, dunque, una scelta di tipo *politico-incriminatrice*, costitutiva di una nuova, autonoma fattispecie penale. Stando alla ricostruzione sistematica oggi dominante e per la quale il reato è un fatto penalmente tipico ed illecito di un autore colpevole, elementi essenziali del reato sarebbero, allora, tutti gli elementi dai quali dipende l'esistenza delle tre categorie, o qualità, della tipicità, dell'illiceità e della colpevolezza: è essenziale ogni elemento che incida sulla tipicità, sull'illiceità penali del fatto realizzato, o sulla colpevolezza del suo autore.

Tali considerazioni ci fanno comprendere appieno la delicatezza del problema e la necessità, sempre più stringente, che sia il legislatore e solo lui ad indicare espressamente ciò che è circostanza e ciò che è elemento costitutivo. Diversamente, rimettendo alla valutazione/interpretazione del giudice un momento così significativo ed impegnativo, si finirebbe (come oggi spesso si finisce) con l'acuire la tensione con il principio di riserva di legge.

Accidentali sono, per converso, gli elementi “non essenziali” espressivi di un disvalore e di una offesa di tipo *qualificato* e, pertanto, identificativi di un *quid* di diffe-

⁴⁰ B. Spinoza, *Etica*, II, def. 2.

⁴¹ Ove ovviamente l'elemento in questione sia costitutivo di una norma incriminatrice speciale rispetto ad una più ampia generale.

rente rispetto alla fattispecie base. Si tratta di elementi dalla cui presenza, o mancanza, non dipendono né la tipicità, né l'illiceità del fatto, né la colpevolezza del relativo autore: non incidono, dunque, sull'esistenza del reato. Sono elementi senza i quali "la cosa (il reato) può tranquillamente essere ed essere pensata". Tali sarebbero, per l'appunto, le circostanze: la presenza o la mancanza di una circostanza non è mai "essenziale" per l'esistenza del reato⁴² che un fatto possa dirsi tipico ed illecito, opera di un autore colpevole, non è mai dovuto alla presenza, o alla mancanza, di una circostanza. L'utilizzo delle circostanze venefiche, ad esempio, non è essenziale all'esistenza di un omicidio, poiché la mancanza di queste non toglie che un fatto possa, ciò non di meno, costituire omicidio. Le circostanze del reato hanno, dunque, una «portata di graduazione» quanti-qualitativa incidendo sulla pena irrogabile al reo. Di fondo alla previsione circostanziale vi è, pertanto, una scelta *politico-graduatoria* effettuata dal legislatore, ma rimessa nella sua concreta modulazione dosimetrica (salvo si tratti di una variazione proporzionale di tipo fisso, o di circostanze indefinite ove la valutazione discrezionale va a cadere anche nel momento della loro concreta individuazione) nelle mani del giudice e del suo ampio potere discrezionale proprio del momento commisurativo.

Secondo una autorevole e contrapposta alla precedente impostazione dogmatica, le circostanze non sarebbero affatto un elemento accidentale del reato. Si osserva, infatti, che «essa, rispetto al reato semplice non è un elemento, è un elemento estraneo a questo ed, invece, è elemento essenziale, costitutivo, rispetto al reato circostanziato»⁴³. Il reato circostanziato sarebbe, dunque, un *reato diverso* da quello semplice: l'uno e l'altro costituirebbero fattispecie diverse (nel senso che l'una, quella circostanziata, presenta un elemento, la circostanza, che nell'altra è assente) e diverse conseguenze giuridiche. La presenza di una circostanza (quale ad esempio la premeditazione) farebbe sì che il reato semplice (ad esempio l'omicidio semplice) cessi di essere tale, e diventi qualcosa di diverso, ossia un reato circostanziato (ad esempio omicidio premeditato). L'omicidio premeditato non sarebbe, pertanto, un – è, cioè, qualcosa di diverso da un – omicidio semplice; e neppure il risultato di una mera somma di un omicidio semplice più l'elemento "accidentale" della premeditazione. Sarebbe un reato diverso, nel quale sono presenti tutti gli elementi dell'omicidio semplice, ma traslocati in un contesto realizzativo specifico, che vale a dotarli di un significato nuovo e particolare, al quale il legislatore ritiene di dover dare apposita rilevanza giuridica.

A noi pare che anche tali argomentazioni siano, in definitiva, il frutto di un approccio investigativo difettoso, in quanto espressione di un *modus argomentandi* aprioristico ed essenzialistico (*rectius* "non essenzialistico"). Non risultano, infatti, opportunamente valorizzate talune caratteristiche che sono, invece, messe perfetta-

⁴² *Contra* sempre A. Spena, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 642.

⁴³ Cfr. A. Spena, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, cit., 646, in particolare v. la nota n. 19.

mente in rilievo dalla disciplina codicistica quali, in particolare, quelle di «giudizio di relazione» e di «dipendenza». Tali concetti, infatti, ove attentamente vagliati finiscono con il corroborare il carattere dell'accidentalità proprio dell'istituto delle circostanze.

Procedendo, dunque, con ordine una delle monografie più autorevoli, sebbene ormai risalente a qualche decina di anni fa, metteva efficacemente in evidenza il fatto che il concetto di circostanza non potesse che individuarsi e declinarsi attraverso un «giudizio di relazione». Più precisamente, si osservava che «la nozione delle circostanze implica essenzialmente un giudizio di relazione giuridica e di relazione da stabilirsi di volta in volta poiché un fatto o elemento non è circostanza se non rispetto ad un determinato reato o a determinati gruppi di reato e per il rapporto nel quale trovasi con essi»⁴⁴. Con la suddetta affermazione l'autore metteva, dunque, per la prima volta in chiara evidenza un duplice aspetto del concetto di circostanza. Da un lato si rimarcava il fatto che questo potesse determinarsi solo in relazione ad un termine «esterno» e non, dunque, attraverso un procedimento definitorio autoreferenziale; dall'altro lato si sottolineava, poi, che lo stesso giudizio relazionale dovesse subire una declinazione diversa a seconda del singolo fatto di reato preso in esame o del dato esterno oggetto della relazione.

Cercando di approfondire – cosa questa che a dire il vero nessuna trattazione sul tema sembra oggi avere ancora effettuato - l'efficace espressione *de qua*, occorre osservare che un approccio definitorio «relazionale» impone una distinzione a seconda dell'angolo di osservazione che si decide di assumere o meglio a seconda del termine comparatistico oggetto del giudizio. Si badi bene, che di fondo alla controversia «non essenzialità»-«essenzialità» vi sarebbe in realtà l'assunzione di un diverso approccio relazionale. In buona sostanza, si giunge spesso a dire che l'elemento circostanziale è elemento costitutivo o accidentale a seconda del diverso angolo di visuale da cui viene mossa l'indagine. Del tutto assenti appaiono, invece, studi che esaminano al contempo i diversi approcci relazionali cercando di coglierne le rispettive interrelazioni avendo sempre ben presente, quale faro guida, la disciplina normativa del fenomeno.

Il «giudizio di relazione», a nostro avviso, presenta una duplice declinazione. Vede, infatti, la correlazione da un lato fra reato semplice e elemento circostanziale e dall'altro fra reato semplice e reato circostanziato.

Assumendo *in primis* quali termini oggetto della relazione il reato semplice e l'elemento circostanziale, il carattere dell'accessorietà appare del tutto manifesto e difficilmente contestabile. Infatti, sebbene estranea alla fattispecie semplice⁴⁵, la circostanza sul piano sia della tecnica di previsione normativa, sia su quello della struttura logica non può che trovare spiegazione e fondamento nel rapporto con il reato semplice e nel carattere concretizzante che rispetto a questo assume. Tale relazione giuridica mette in evidenza un processo di sottotipizzazione attuato dalla combina-

⁴⁴ A. Santoro, *Teoria delle circostanze del reato*, cit., 24 s.

⁴⁵ Come afferma lo stesso A. Spina, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, cit., 646 s.

zione fra fattispecie semplice-base e elemento circostanziale. La circostanza andando ad integrare il precetto primario fa sì che il comando ivi contenuto si moltiplichi in una serie di prescrizioni collaterali che mantengono, tuttavia, il proprio nucleo disvaloriale nel tipo base. Ad esempio, in tema di omicidio, il comando non è solamente quello di «non uccidere», ma anche, ed *a fortiori*, di «non uccidere con premeditazione», «con impegno di mezzi insidiosi o veleni», «usando crudeltà sulla vittima», «per motivi abietti o futili», «il proprio padre o la propria madre» e così via. Ma si badi bene il nucleo disvaloriale indefettibile e che va a determinare l'alveo tipologico all'interno del quale le singole previsioni circostanziate si inseriscono, attraverso la loro capacità descrittiva concretizzante, rimane pur sempre quello posto dalla fattispecie semplice-base e cioè, nel caso in esame, il «non uccidere». Attorno a questo nocciolo duro ruotano tutti i comandi collaterali. Al contempo è d'uopo precisare, peraltro, che le circostanze, oltre ad incidere in termini valoriali sul c.d. precetto primario, realizzano anche una moltiplicazione del precetto secondario nella minaccia di pene diverse a seconda della circostanza di volta in volta concretata. Quest'ultima precisazione permette di aprire ad una seconda riflessione emergente dal raffronto relazionale fra reato semplice e singolo elemento circostanziale, volta anch'essa a valorizzare il carattere dell'accidentalità. Dalla puntuale analisi delle disposizioni normative in punto di pena irrogabile nel caso ricorra l'integrazione di una o più circostanze proprie e più precisamente dalla disciplina accordata dagli artt. 59, 63 e 69 c.p. emerge, infatti, una chiara considerazione legislativa della circostanza quale elemento in sé e per sé considerato in maniera *scissa e differente* rispetto agli altri elementi del reato e che vede pur sempre una stretta correlazione e relazione con il reato semplice. Più precisamente, ove si ponga mente alla disciplina codicistica dettata per l'imputazione soggettiva delle circostanze si evince chiaramente - anche dopo la riforma dettata dall'art. 1 della legge n. 19 del 1990 che, come noto, ha ricondotto il sistema in conformità con il principio della responsabilità colpevole disancorandolo dall'arcaico dogma oggettivistico del *versari in re illicita* prima imperante⁴⁶ - la volontà del legislatore di prevedere un diverso regime di ascrivibilità psicologica per elementi costitutivi ed elementi circostanziali. I primi devono, infatti, essere tutti «coperti» dall'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie incriminatrice. Se si tratta, pertanto, di un delitto non espressamente punito anche a titolo colposo tutti gli elementi costitutivi devono essere conosciuti e voluti dal soggetto agente. Al contrario gli elementi attenuanti perché trovino concreta applicazione è necessario e sufficiente che siano eziologicamente riferibili al soggetto agente. Si prescinde, così, da qualsiasi legame psichico, bastando la loro mera e concreta ricorrenza ad integrarli. Gli elementi aggravanti potranno, invece, trovare applicazione solo se conosciuti o conoscibili. E' richiesta, pertanto, una imputazione soggettiva meramente colposa anche ove connessi ad un delitto doloso. Ciò sinteticamente ricordato, appa-

⁴⁶ Sul punto vedasi fra tutti A. Melchionda, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1443; G. Marconi, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993.

re evidente come una imputazione soggettiva differenziata fra elementi costitutivi ed elementi accessori all'interno della stessa fattispecie denoti da un lato una maggiore "cura" e "preoccupazione-garantista" che il legislatore riserva per l'elemento costitutivo del reato e dall'altro una maggiore "elasticità" ed "indulgenza-operativa" rispetto a ciò che è, invece, a tutta evidenza ritenuto estraneo al nucleo indefettibile disvaloriale di fattispecie: la circostanza. Quanto poi alla disciplina dell'applicazione degli aumenti e delle diminuzioni di pena in presenza di una circostanza ad efficacia comune, appare evidente come il fatto che la variazione proporzionale accordata dall'elemento circostanziale operi su di una grandezza già previamente individuata dal giudice all'interno della forbice edittale del reato semplice accentui il carattere accidentale dell'elemento circostanziale. Infatti, davanti all'integrazione di una fattispecie circostanziata (ad efficacia comune) il giudice procederà per gradi, attraverso una scansione analiticamente predisposta. a) In un primo momento, dovrà isolare il dato valoriale o disvaloriale proprio dell'elemento circostanziale; b) successivamente – tornato, così, alla fattispecie semplice – procederà a commisurare la pena infraeditualmente tenendo conto di tutti i criteri (onnicomprensivi) dettati dall'art. 133 c.p. meno quello che rileva come circostanza propria; c) in un terzo momento, procederà poi a commisurare il *quantum* di variazione di pena proporzionale proprio della circostanza - e ciò a seconda della concreta intensità di manifestazione della stessa (tale passaggio commisurativo risulta, tuttavia, eliso in presenza di circostanza a variazione di pena fissa) -; d) in quarto ed ultimo luogo applicherà la variazione di pena individuata per la circostanza alla pena base previamente fissata, giungendo così alla pena finale da irrogare al reo. Ciò considerato, nella economia della fattispecie circostanziata la singola circostanza finisce per ricoprire e trovare nel procedimento commisurativo una *sedes* ed un ruolo - tanto sotto il profilo logico, tanto sotto quello strutturale - del tutto *peculiare e diverso* dagli altri elementi di fattispecie. L'elemento circostanziale, una volta autonomamente quantificato, viene fatto poi reagire sulla fattispecie semplice e più precisamente sulla pena base giudizialmente individuata. Tale rapporto di reazione fra grandezze, appare inequivocabilmente sintomatico di una natura di tipo accessorio della circostanza rispetto all'elemento costitutivo. Quanto, infine, al disposto normativo di cui all'art. 69 c.p. e alla disciplina codicistica in caso di concorso eterogeneo di circostanze, emerge una terza ed ulteriore peculiarità. Ancora una volta a evidenti fini chiarificatori si impone di ripercorrere il procedimento logico-commisurativo a cui è chiamato il giudice. a) In un primo momento, l'interprete individua i plurimi e fra loro eterogenei elementi circostanzianti attenuanti ed aggravanti ricorrenti nel caso concreto; b) successivamente, li deve bilanciare fra di loro (anche alla luce dell'intero fatto storico di reato) al fine di vedere – attraverso un giudizio di sintesi - quale "segno" abbia carattere predominante e caratterizzi l'intera vicenda penalmente rilevante, riducendo, così, il concorso di circostanze da eterogeneo ad omogeneo; c) in un terzo momento – ove non sia addivenuto ad un giudizio di equivalenza fra gli elementi circostanzianti che si tradurrebbe nei fatti con un ritorno alla fattispecie semplice –, quantifica concretamente la capacità numerico-incisiva delle circostanze prevalenti; d) in quarto luogo, procede alla commisurazione della pena base, scorporando dalla valutazione de-

gli indici di cui all'art. 133 c.p. quelli ritenuti prevalenti e, viceversa, prendendo in considerazione quelli giudicati *tamquam non essent* che retroagiscono, così, a circostanze improprie; e) applica, infine, gli aumenti o le diminuzioni previamente quantificate alla pena base individuata, giungendo alla pena finale. Ebbene, anche in questo caso si evince chiaramente come l'elemento circostanziante sia considerato in maniera del tutto *indipendente e diversa* rispetto a quello costitutivo, emergendone il carattere dell'accessorietà. La disciplina codicistica ripercorsa rassegna, dunque, la volontà legislativa di considerare separatamente nel momento commisurativo le due entità reato semplice ed elemento circostanziante assegnando al primo un ruolo centrale indefettibile ed al secondo, invece, una posizione meramente accessoria ed accidentale e solo dopo una loro autonoma valutazione quali-quantitativa vengono fatte reagire l'una sull'altra dando luogo ad un prodotto finale unico: la pena da irrogare.

In secondo luogo occorre ora esaminare la relazione giuridica che intercorre fra il reato semplice e la fattispecie circostanziata al fine di verificare se il carattere dell'accessorietà continui, anche da questo diverso angolo di visuale a caratterizzare l'istituto. E' d'uopo fin da subito constatare che nell'ottica appena assunta l'indagine risulta essere sicuramente più complessa ed articolata. L'opinione dottrinale maggioritaria sostiene, infatti, che l'elemento circostanziante in forza e virtù della combinazione con gli elementi costitutivi della fattispecie base subirebbe una "mutazione genetica", una vera e propria *transustanziazione*⁴⁷ divenendo elemento in tutto e per tutto costitutivo di una autonoma e diversa fattispecie (unilateralmente speciale): *id est* quella circostanziale. Più precisamente, la teoria della c.d. autonomia costruisce il reato circostanziato come una fattispecie a sé stante, rispetto alla quale, dunque, la circostanza sarebbe elemento *essenziale*. Pertanto, fra fattispecie semplice e fattispecie circostanziata sussisterebbe un rapporto di genere a specie del tutto identico, sotto il profilo sia strutturale che sostanziale, a quello intercorrente fra fattispecie autonoma generale e fattispecie autonoma speciale. Pur tuttavia, tale idea di tipo transustanzialistico non convince a pieno sul piano sia metodologico che positivo. Sotto il primo profilo non si riesce, infatti, bene a comprendere come uno stesso elemento possa essere considerato in un primo momento (nella relazione reato semplice-elemento circostanziante) come accessorio ed accidentale rispetto al fatto di reato base ed, invece, una volta concretamente integrato nella dinamica fattuale storica, possa assumere - nella economia della fattispecie circostanziata - la diversa natura costitutivo-essenziale⁴⁸. Ciò che è accessorio non può, infatti, che rimanere tale anche nella fattispecie circostanziata, non può, dunque, divenire essenziale. Nell'equivoco appena rimarcato sembra incorrere anche la diversa teorica c.d. della *combinazione*⁴⁹ che fondandosi su la formula «accessorietà in astratto ed essenzialità

⁴⁷ Tomaso D'Aquino.

⁴⁸ Nella prospettiva in esame appare evidente, dunque, il difetto di tipo metodologico, dal momento che si assume quale prospettiva del giudizio relazionale solo quella tra reato semplice e fattispecie circostanziata.

⁴⁹ Cfr., fra tutti, A. Spena, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, cit., 648 ss.; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 59.

in concreto», si propone di comporre le antitetiche teorie dell'autonomia e dell'accessorietà, il tutto, tuttavia, per mezzo di un "rassicurante *slogan*" privo di capacità descrittiva concreta. Sostenere, infatti, che la circostanza sia un elemento *accessorio* sotto il profilo strutturale-astratto ed, invece, nel momento di concretizzazione fenomenica *essenziale* ai fini della sussistenza della fattispecie di reato, appare improprio e contraddittorio rispetto al dato positivo-codicistico. E', dunque, ancora una volta l'ordinamento penale e più precisamente la disciplina generale in tema di circostanze proprie ad offrire chiari indici di contrarietà alla ricostruzione del reato circostanziato come fattispecie in sé autonoma, atteso che le circostanze non sono state sottoposte alla medesima disciplina valida per gli elementi costitutivi del reato⁵⁰. Il richiamo è nuovamente agli artt. 63 e 69 c.p. e alle diffuse osservazioni sopra esposte. Appare, infatti, inequivocabile che l'elemento circostanziale nella economia strutturale della fattispecie del reato circostanziato mantenga sempre quelle peculiarità di disciplina già evidenziate. Il dato normativo rimarca, dunque, una vera e propria «scorporazione» dell'elemento circostanziale dalla fattispecie circostanziata riportandolo ad unità distinta, soggetta a considerazioni e valutazioni differenziate. Se, dunque, - e qui pare annidarsi l'intero equivoco - in *astratto* e sul piano *strutturale*, stante la capacità incisiva valoriale e tipologica dell'elemento circostanziale⁵¹, si potrebbe ritenere che la combinazione fra singola circostanza e reato semplice vada a delineare una diversa, nuova ed autonoma fattispecie di reato, in cui l'elemento circostanziale concorre alla sua definizione/integrazione al pari degli altri elementi; in una ottica commisurativa riemergono, invece, le peculiarità dell'elemento che viene, per così dire, "scorporato" e "caratterizzato" in termini del tutto peculiari. Una ulteriore riflessione, al fine di verificare quanto appena asserito, si impone e concerne il particolarissimo istituto del concorso di circostanze aggravanti e attenuanti. La disciplina dell'art. 69 c.p. ci conferma, infatti, la piena *accessorietà* e *difettabilità* dell'elemento circostanziale anche nell'economia della nuova fattispecie circostanziata. Se fosse essenziale non potrebbe né dovrebbe essere mai considerato *tamquam non essent*; salvo non si voglia riconoscere una potestà plasmatrice-normativa, di produzione legislativa in capo al giudice. Questi, infatti, attraverso il giudizio di bilanciamento andrebbe a costituire una nuova fattispecie di reato quale risultante del giudizio stesso. Evidente la tensione inconciliabile con il principio di riserva di legge assoluta in materia penale. La riflessione appena sviluppata pone a nostro avviso un interrogativo centrale per capire la natura dell'elemento circostanziale. Quale differenza intercorre fra bilanciare elementi costitutivi-essenziali e comparare circostanze? Perché il legislatore si è "limitato" a riconoscere l'obbligo di procedere al giudizio di valenza solo rispetto al concorso di circostanze? La risposta a noi pare vada ricercata ancora una volta riflettendo sulla funzione dei diversi istituti

⁵⁰ Sul punto, M. Gallo, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 560 ss.; S. Prosdocimi, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 269 ss.

⁵¹ In ordine al concetto di "quantità politica del reato" vedasi A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 24 ss.

e sulla “scelta politica” ad essi sottesa. Si è, infatti, osservato che l’elemento costitutivo essenziale ha una portata funzionale di tipo incriminatorio, operando quale *discrimen* in ordine all’*an* della responsabilità penale. Si è anche precisato come questo comporti sul piano *politico* una scelta di criminalizzazione. L’elemento circostanziale, viceversa, sul piano funzionale ha una portata di graduazione quali-quantitativa della pena da irrogare ed è, pertanto, espressione di una scelta *politico-graduatoria* effettuata sì dal legislatore, ma rimessa nella sua concreta modulazione dosimetrica nelle mani del giudice. Le suddette osservazioni ci fanno comprendere come affidare al giudice e più precisamente al suo giudizio ponderativo altamente discrezionale gli elementi essenziali, significherebbe conferirgli una potestà para-normativa di tipo «incriminatrice». Potrebbe, infatti, a proprio piacimento disattendere le risultanze del fatto concreto sovvertendo così il giudizio sillogistico di sussunzione a cui questo è chiamato e ricostruire la norma applicabile passando, ad esempio, da una fattispecie autonoma speciale di reato a quella generale. Ma v’è di più, il potere ad esso conferito potrebbe addirittura spingerlo a ritenere un fatto tipico, antigiusdittico e colpevole non penalmente rilevante. Il tutto attraverso l’elisione di un elemento costitutivo-essenziale, la cui assenza rende il fatto perfettamente lecito, sebbene nella sua concretezza storica siano stati integrati tutti i profili base della responsabilità penale. Un giudice, quindi, non più solo capace di modulare la risposta sanzionatoria in ossequio a istanze - costituzionalmente fondate - di individualizzazione della pena, ma anche - e soprattutto - un giudice legislatore del caso concreto il cui potere si potrebbe spingere fino a porre nel nulla la scelta di criminalizzazione effettuata dal legislatore.

Ciò precisato in punto di disciplina codicistica, occorre ora mettere in rilievo il concetto di «dipendenza», poiché nel quadro giuridico relazionale reato semplice-reato circostanziato ben corrobora l’idea di accessorietà dell’elemento circostanziale. Con il termine «dipendenza» si vuole sottolineare come l’esistenza stessa del reato circostanziato dipenda dall’esistenza del reato base. E, infatti, ove questo venisse abrogato o comunque eliminato dal sistema, verrebbe automaticamente meno anche il reato circostanziato. Ebbene, a ben vedere, il concetto di dipendenza intercorrente tra reato semplice e reato circostanziato non può che richiamare l’idea di sottotipo e di accessorietà come queste diffusamente sopra evidenziate. Il «sottotipo» non ha senso ove non si relazioni al «tipo-base» nell’alveo disvaloriale del quale si muove accentuandone caratteristiche e peculiarità in termini quali-quantitativi. E’ d’uopo osservare, inoltre, come il concetto di sottotipo concordi in maniera particolarmente feconda con la funzione commisurativo-graduatoria propria delle circostanze. Difatti, la predeterminazione legislativa di sottotipi sul piano della commisurazione della pena altro non esprime che la volontà del legislatore di approssimare gradualmente e quanto più possibile il *quantum* di pena irrogabile alle peculiarità disvaloriali/valoriali del fatto concreto⁵². Tale operazione di congiunzione tra pena e fatto è, poi, finalizzata alla realizzazione del principio di proporzione. Ebbene, quest’ultimo

⁵² Ma pur sempre in astratto immaginato

principio su cui si incentra l'intero sistema commisurativo e che vede (o almeno dovrebbe) il pieno compimento in sé del tripode funzionale, nello specifico sistema delle circostanze del reato - considerato in astratto e senza tenere di conto delle asistematicità ed illogicità dettate dall'operare di taluni peculiari istituti - trova attualizzazione attraverso il ruolo centrale del legislatore che si erige a commisuratore della pena⁵³. Milita, infine, un ultimo argomento - solo in apparenza contraddittorio con le riflessioni appena svolte - a sostegno della tesi dell'accessorietà delle circostanze. E' d'uopo osservare, infatti, che l'ampiezza del potere discrezionale a disposizione del giudice nell'applicazione delle circostanze può in un sistema quale il nostro, improntato al principio di legalità rigidamente inteso, considerarsi probante del fatto che le circostanze debbano essere considerate accessorie⁵⁴. Ebbene, a noi pare che il concetto stesso di discrezionalità possa conciliarsi solo con quello di accessorietà-difettabilità e non anche con quello di essenzialità-indifettibilità. La discrezionalità, dunque, diviene il grimaldello nelle mani di un soggetto diverso dal legislatore (*id est* il giudice) che gli consente/impone⁵⁵ di "stravolgere" e "rimettere in discussione" la scelta legislativa in ordine all'elemento tipizzato, a cui - e questo è il punto - il legislatore, tuttavia, non riserba quella "premura" e "attenzione" che gli vedrebbe consentito di tutelarla inderogabilmente attraverso la considerazione come costitutivo-essenziale.

Il carattere dell'accessorietà, dunque, è ciò che contraddistingue sul piano applicativo-commisurativo l'istituto delle circostanze del reato. Deve, peraltro, precisarsi che l'idea che le circostanze abbiano portata graduatoria e non propriamente incriminatrice non contrasta a nostro avviso con la posizione ormai assolutamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza che riconosce "autonomia" alla fattispecie circostanziata, norma quest'ultima frutto della combinazione fra fattispecie semplice e elemento circostanziante.

Al di là delle osservazioni che andremo enucleando nei prossimi paragrafi, è d'uopo fin da subito sviluppare due ulteriori precisazioni. In primo luogo a noi pare che il rapporto di genere a specie che viene a crearsi fra fattispecie circostanziata e reato semplice è anch'esso peculiare, non essendo il frutto di una scelta di crimina-

⁵³ Vedasi le osservazioni oltre sviluppate ed in particolare quelle svolte nel capitolo secondo.

⁵⁴ Sul punto, S. Prosdocimi, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, cit., 273, favorevole ad ammettere che ad ogni fattispecie circostanziata faccia riscontro un precetto particolare ed a riconoscere l'eccessività del voler desumere un valore meramente sanzionatorio di tutte le circostanze dalla disciplina dettata solo per alcune di esse; G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3 ss. L'autore rileva, infatti, che se è vero che attraverso il giudizio di prevalenza o equivalenza è dato al giudice il potere di annullare le circostanze, vi sono ipotesi in cui il giudice ha il potere di porre nel nulla anche i reati (per esempio, con il perdono giudiziale) senza che da esse possa inferirsi l'inesistenza del precetto vietante il reato. Tanto al fine di provocare ripensamenti in coloro i quali sostengono che solo la norma che prevede il reato contenga un precetto diretto al soggetto, mentre quella che prevede la circostanza conterrebbe solo il presupposto della sanzione.

⁵⁵ Basti pensare al concetto di obbligatorietà di procedere al giudizio di valenza fra circostanze *ex art.* 69 c.p.

lizzazione bensì di un processo di sottotipizzazione con funzione concretizzante del reato base. Se, dunque, astrattamente e sul piano per così dire ontologico non è ravvisabile alcuna differenza fra i due processi di specificazione (reato generico-reato speciale; reato semplice-reato circostanziato) sul piano commisurativo la differenza riemerge manifestandosi in tutta la sua dirompente peculiarità di disciplina. Aveva, pertanto, forse colto nel segno Remo Pannain quando nella sua monografia delineava la differenza fra elemento *costitutivo* e *essenziale*⁵⁶. Ebbene, seppur non ritenendo del tutto corrette le espressioni terminologiche usate dall'autore, in quanto possibili di essere fuorviate e rimarcando il difetto di impostazione dello studio essendo mosso da un approccio essenzialmente dogmatico-ontologico, sul piano normativo funzionale alla luce delle riflessioni fin qui svolte riteniamo che nella struttura della fattispecie circostanziata l'elemento circostanziale seppur integrativo e descrittivo sul piano valoriale quali-quantitativo di una autonoma fattispecie di reato (*id est* la fattispecie circostanziata) non muta l'essenza del tipo base a cui accede rimanendo sempre accessorio in quanto per espressa volontà legislativa disciplinato in maniera differenziata e peculiare.

2.1.1.1 Le circostanze a variazione di pena *indipendente* o *autonoma*: un baco nel sistema?

Fin da subito occorre, tuttavia, precisare che il carattere dell'accessorietà così come emerso e messo in evidenza dal dato positivo in tema di circostanze del reato, sembra caratterizzare le sole circostanze a variazione di pena proporzionale e non anche quelle a variazione *indipendente* o *autonoma*.

Ebbene, quest'ultime, imponendo l'applicazione di una pena diversa o di una pena stabilita entro nuovi limiti minimi e massimi, vanno in realtà a costituire una «nuova cornice edittale», nel cui ambito la fissazione della pena da irrogare dovrà prescindere proprio dall'elemento circostanziale che, pertanto, esaurisce i propri effetti sul piano meramente legislativo-astratto. Per queste tipologie classificatorie di circostanze l'affinità di *struttura* e *funzione* con la previsione di autonomi titoli di reato è, dunque, del tutto chiara ed evidente. Sotto il profilo *strutturale*, gli elementi *de quibus* concorrono alla (ri)definizione della fattispecie alla quale accedono dando luogo ad una nuova norma che si va a caratterizzare sotto il profilo quali-quantitativo in maniera del tutto autonoma ed indipendente dalla fattispecie base. Sul piano *funzionale*, poi, tali tipologie di circostanze sembrano esaurire il loro apporto sul piano della determinazione legale della pena. Sono, in tale accezione, strumenti a disposizione del legislatore per ridefinire il tipo-legale di reato. Pressoché del tutto assente risulta, invece, la loro connotazione funzionale in termini di commisurazione giudiziale della pena⁵⁷.

⁵⁶ R. Pannain, *Manuale di diritto penale*, Roma, 1942, 464 ss.

⁵⁷ Per i diffusi rilievi sul punto si rinvia al capitolo secondo.

Ciò considerato, a noi pare che le circostanze indipendenti e quelle autonome presentano profili di profonda analogia con gli elementi costitutivi di autonome fattispecie di reato, tanto sotto il profilo positivo del loro concreto processo applicativo, tanto sotto il profilo funzionale. Il legislatore, infatti, per mezzo delle suddette tipologie di circostanze mira a ridisegnare la cornice edittale e rivalutare il disvalore complessivo della nuova fattispecie di reato. Si ricostruisce, dunque, da capo il reato rendendo ancora più difficile capire se nel caso concreto ci si trovi di fronte ad una fattispecie autonoma o ad una fattispecie circostanziata.

Ebbene, occorre tuttavia precisare quanto segue. Nate con il preciso intento di introdurre nel sistema un regime di responsabilità oggettiva, dal momento che *ante* riforma del 1990 le circostanze trovavano applicazione per il solo fatto della loro effettiva ricorrenza nel caso concreto a prescindere da una relazione psichica con il soggetto agente, le figure circostanzianti in esame permettevano di plasmare una figura delittuosa che consentiva di aggirare il principio di colpevolezza ed al contempo agevolare l'attività del pubblico ministero dando, tuttavia, vita ad un vero e proprio *mostrum* giuridico. Infatti, nell'economia della stessa fattispecie di reato alcuni degli elementi (quelli costitutivi-essenziali) dovevano essere necessariamente conosciuti o colposamente ignorati dal soggetto agente, altri, invece, (quelli circostanzianti) operavano per il solo fatto della loro integrazione prescindendo da un giudizio di ascrivibilità soggettiva. Le circostanze del reato indipendenti ed autonome erano, pertanto, presto divenute uno strumento particolarmente "felice" nelle mani del legislatore per aggirare le garanzie imposte dal principio di colpevolezza che, peraltro, proprio per la loro sempre ritenuta marginalità rispetto al nucleo disvaloriale espresso dalla fattispecie semplice andavano incontro ad agevoli e spediti procedimenti di adozione parlamentare, sebbene i loro effetti fossero spesso dirompenti. Il tutto era poi (*ante* riforma del 1974) accentuato dal fatto che tali tipologie di circostanze erano sottratte al giudizio di valenza in caso di concorso eterogeneo. In altri termini erano queste sottratte alla disponibilità/discrezionalità del giudice attraverso un procedimento di blindatura che impediva all'interprete di addivenire ad un giudizio di loro soccombenza. Le circostanze indipendenti ed autonome risultavano essere, pertanto, uno strumento particolarmente *autoritario* e *rigido* nelle mani del legislatore che gli permetteva di rivalutare il fatto di reato sul piano valoriale e quantitativo e di facilitare e proteggere la suddetta riconsiderazione, da un lato assicurandone l'applicazione a prescindere da qualsivoglia legame psichico con l'autore e dall'altro, sottraendole al giudizio di cui all'art. 69 c.p., rendendo la rivalutazione "intoccabile". Era, dunque, concesso per il loro tramite di "stravolgere" le fattispecie semplici a cui l'elemento accedeva con effetti del tutto analoghi alla introduzione di una nuova fattispecie di reato autonoma, ma con i "benefici" della disciplina delle circostanze del reato in punto di regime di imputazione e di "minore problematicità" nell'adozione.

La situazione a seguito delle riforme del 1974 e del 1990 cambiava, tuttavia, radicalmente seppur così normando si apriva il campo a profonde incongruenze e asistematicità nella disciplina. Quale, dunque, l'effetto delle suddette riforme sugli istituti delle circostanze indipendenti ed autonome e quale la loro rilevanza in ordine al carattere dell'accessorietà? Ebbene, appare evidente che il fatto che le circostanze ad

efficacia speciale siano divenute - *post* '74 - bilanziabili *ex art.* 69 c.p. ne abbia valorizzato il carattere della *difettabilità* ed *accessorietà*⁵⁸.

Tuttavia, al di là del profilo appena evidenziato, a nostro avviso appare evidente come di fondo agli istituti *de quibus* vi sia una scelta valoriale del tutto simile a quella sottesa all'elemento costitutivo ed essenziale. Sono, infatti, foriere di un profondo iato fra fattispecie base e fattispecie circostanziata. Fino a che la variazione di pena è *proporzionale* il collegamento fra ipotesi base ed ipotesi circostanziata è palese ed il cordone ombelicale ben saldo. Quando, invece, la variazione di pena è *indipendente* o *autonoma* il cordone appare reciso o quantomeno fortemente sfilacciato. Ciò considerato, appare pertanto opportuno collocare gli istituti in esame ai margini della categoria delle circostanze del reato. In una ottica *de jure condendo*, proprio per le caratteristiche profondamente eterogenee sia strutturali sia funzionali che finiscono con l'inoculare nel sistema un vero e proprio baco foriero di aporie e contraddizioni, sarebbe, dunque, quella della variazione indipendente od autonoma una tecnica di normazione da escludere dalla categoria delle circostanze del reato.

E' necessario, poi, osservare che l'idea di una fattispecie (*id est* quella circostanziata) che si muove nell'alveo tipologico-valoriale del fatto base porta con sé una duplice ulteriore riflessione.

La prima considerazione attiene al *rapporto di specialità* che caratterizza la relazione con il reato semplice. Stante il carattere della accessorietà ed il contributo sottotipizzante e concretizzante dell'elemento circostanziante, occorre rilevare che se il rapporto di *specialità per specificazione* appare sicuramente compatibile con i caratteri *de quibus*, non può pacificamente sostenersi altrettanto nel caso di *specialità per aggiunta*⁵⁹. Sul piano del disvalore e della tipicità i due procedimenti di specificazione appaiono, infatti, giocare un ruolo differente. Ove si specificano elementi costitutivi-essenziali della fattispecie semplice si attua un'operazione di concentrazione del disvalore del reato-base e di concretizzazione storico-fenomenica del fatto. Ebbene, l'operazione in esame interviene nei termini anzidetti operando sempre all'interno della tipicità della fattispecie astratta. Quando, viceversa, si aggiunge un elemento assente nell'economia della fattispecie semplice si procede ad una vera e propria ridefinizione della tipicità della norma in termini estensivi e non di concentrazione. Ciò considerato, a nostro avviso la specialità per aggiunta si pone in tensione problematica con il concetto di accessorietà. Una "corretta" descrizione legislativa dell'elemento circostanziante non dovrebbe, pertanto, (sempre in una ottica *de jure condendo*) ricorrere alla suddetta tecnica di specificazione, dal momento che l'aggiunta di un elemento produce inevitabilmente una estensione della tipicità non del tutto conforme al valore espresso dal concetto di sottotipizzazione e concretizzazione. L'elemento ulteriore, infatti, contribuisce (o comunque può contribuire) a

⁵⁸ Sul punto si rinvia alle ampie considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

⁵⁹ *Contra* F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 495; anche se le osservazioni sviluppate dall'Autore nel capitolo dedicato alle circostanze del reato appaiono sul punto differentemente orientate.

forgiare un tipo criminoso dal contenuto disvaloriale diverso ed eterogeneo a quello espresso dalla fattispecie semplice. Sebbene sempre all'interno di un rapporto di specialità, l'elemento aggiuntivo finisce, dunque, con il discostarsi dall'idea di sottotipizzazione e concretizzazione della fattispecie base, allargando le maglie del penalmente rilevante e non chiudendole attraverso un procedimento di progressivo restringimento della fattispecie.

In secondo luogo occorre soffermare l'attenzione su di una ulteriore argomentazione di centrale rilievo. Dovendo le circostanze accedere ad un tipo-base e muovendosi nel suo alveo in una ottica di concretizzazione sottotipologica, i suddetti elementi non devono accentuare su se stessi il disvalore di fattispecie, divenendone così il nucleo centrale. Il discorso è evidentemente valido per le sole aggravanti. Ove queste, infatti, sbilancino l'asse disvaloriale su di sé, su di un termine che nell'economia della fattispecie è accessorio, accidentale e addirittura - nel caso di concorso eterogeneo - rimesso nelle mani del giudice e del suo potere discrezionale, finirebbero con il conferire all'interprete il potere di incidere direttamente sul cuore della previsione e sul suo fondamentale significato disvaloriale. Nulla di più distante dal concetto di sottotipo e di operatività nell'alveo disvaloriale della fattispecie base con funzione concretizzante. Pur tuttavia, nonostante le suddette precisazioni non mancano nel nostro ordinamento scelte legislative in tal senso con cui non si può non fare i conti. Anche in questo caso, dunque, le considerazioni sopra sviluppate devono far muovere (in una ottica *de jure condendo*) verso un ripensamento delle tecniche di descrizione legislativa degli elementi circostanziali. Già nell'immediato possono a nostro avviso, tuttavia, espletare un contributo sul piano ermeneutico di non poca importanza.

2.1.2 La posizione delle circostanze nella struttura della teoria generale del reato

Delineate e chiarite, per quanto possibile, le differenze sia concettuali che pratico-applicative proprie del momento commisurativo fra elementi costitutivi-essenziali ed elementi circostanzianti-accessori, è d'uopo passare in disamina quelle elaborazioni dottrinali che hanno affrontato la problematica - strettamente legata alla precedente - della collocazione sistematica dell'istituto nella struttura del reato.

Deve, peraltro, preliminarmente precisarsi che a nostro avviso la *querelle* sulla natura più o meno autonoma della «fattispecie complessa» risultante dalla combinazione della circostanza con il reato-base, relativamente alla quale l'elemento circostanziale assumerebbe natura di elemento essenziale e non già meramente accessorio - qualificazione che atterrebbe, invece, solo ai rapporti con il reato presupposto - appare oggi ormai superata e priva di un reale significato pratico-applicativo. La tesi «logico-formale»⁶⁰ dell'autonomia della fattispecie di reato circostanziato come «nuova norma» prodotta dall'integrazione fra fattispecie incriminatrice ed elemento

⁶⁰ T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 192 s.

circostanziale - autorevolmente sostenuta sotto diverse angolazioni in passato⁶¹ - appare, infatti, inidonea⁶² ad «intaccare la profonda diversità di funzione che caratterizza la disposizione circostanziale rispetto a quella autonomamente incriminatrice», mantenendo la prima, comunque, una funzione distinta e limitata rispetto alla piena funzione incriminatrice. Si osserva, infatti, in tal senso che «le circostanze che esplicano il loro effetto principale sulla pena determinata dal giudice presentano una strumentalità peculiare che le distingue nettamente dalla somma degli elementi costitutivi richiesti per la produzione dell'effetto "pena"; le circostanze autonome, pur proiettate verso una nuova cornice edittale, soggiacciono poi alla regola del bilanciamento con qualsiasi circostanza eterogenea, anche non autonoma: la loro nuova cornice diventa allora soltanto uno dei termini della scelta ulteriore, che potrà anche esaurirsi nel quadro edittale originario»⁶³.

Di fondo alla problematica in esame si stagliano, dunque, due antitetiche posizioni dogmatiche: circostanza quale elemento costitutivo di una autonoma fattispecie di reato o quale elemento accidentale della fattispecie semplice.

Più diffusamente è d'uopo sottolineare che all'interno dell'impostazione c.d. dell'autonomia della fattispecie circostanziata – tesi questa ancora oggi predominante in dottrina - possono individuarsi due vere e proprie diverse scuole di pensiero che hanno dato vita a distinti orientamenti. Il primo e tradizionale orientamento ravvisa nella fattispecie circostanziata una «fattispecie autonoma *astratta*» di reato⁶⁴ riconoscendo così piena equipollenza logico-strutturale fra circostanza ed elemento costitutivo. Nella fattispecie circostanziata è, pertanto, inutile e fuorviante la distinzione *de qua*: tutto è costitutivo, tutto è essenziale. Una seconda e minoritaria tesi⁶⁵, pur ritenendo la fattispecie circostanziata un reato a tutti gli effetti autonomo, considera, invece, l'elemento circostanziente parte integrante – e, quindi, costitutivo - di una fattispecie del tutto peculiare: la «fattispecie concreta». Sebbene non sia di immediata comprensione, l'illustre Autore che ha coniato per primo la suddetta espressione intendeva dare rilievo ad un "piano normativo" distinto ed intermedio sotto il profilo sia sistematico sia funzionale che si colloca fra la fattispecie astratta e gli elementi costitutivi del fatto storico. Ebbene, la suddetta impostazione se da un lato riesce a cogliere, con chiaro intento di valorizzazione, talune delle peculiarità dell'istituto delle circostanze del reato quali l'apporto costitutivo-definitorio, il processo tipologico di concretizzazione, le peculiarità positive sintomatiche del carattere accessorio, conia, tuttavia, un nuovo concetto di non agevole comprensione, il cui

⁶¹ M. Gallo, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziente*, cit., 560 ss. Id., *Appunti*, cit., 30 s.; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 83 ss. e 167 ss.; M. Boscarella, *Compendio*, cit., 180; A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 715 ss.

⁶² Sottolinea in tal senso T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 192.

⁶³ Cfr. in tal senso T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 192 s.

⁶⁴ M. Gallo, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziente*, cit., 564 ss.; M. Marini, *Le circostanze*, cit., 24.

⁶⁵ G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 83 ss. e 168 ss.

chiarimento non può che passare attraverso il raffronto con il concetto di «fattispecie astratta». Con quest'ultima espressione si vuole indicare quell'insieme dei presupposti costitutivi complessivamente ricompresi nel modello legale di riferimento. Si tratta, dunque, del modello dell'ipotesi predisposto dal legislatore su cui deve convergere il giudizio di accertamento. Quanto, invece, al concetto di «fattispecie concreta» rappresenta questo il passaggio dalla fase astratta di previsione legislativa alla dinamica di concretizzazione della norma. Con la suddetta espressione si considera, in altre parole, la fattispecie astratta nel suo storico divenire; trattandosi del corrispondente storico-fenomenico che integra il modello astratto. «Fattispecie concreta» è, dunque, l'insieme di tutti i dati *reali* ed allo stesso tempo *tipici* che in qualunque modo e in qualunque misura concorrono a considerare il processo di determinazione dell'effetto giuridico concreto in relazione a ciascun fatto⁶⁶. Secondo tale impostazione dogmatica le circostanze sarebbero, dunque, elementi autonomi e costitutivi della *fattispecie concreta*. Sono, invece, estranee alla struttura costitutiva della *fattispecie astratta* e funzionalmente separate dal residuo complesso di elementi concreti capaci di inferire sulla determinazione della pena base. La teoria in esame presenta sicuramente, come sopra accennato, degli indubbi meriti e punti di forza. *In primis*, infatti, si propone di realizzare una "lettura valoriale unitaria" del fenomeno giuridico di combinazione fra fattispecie base e elemento circostanziante. Attraverso il concetto di «fattispecie autonoma concreta» si cerca, dunque, di dare autonoma dignità normativa al prodotto della relazione *de qua* cogliendone il maggiore o minore disvalore legislativamente predeterminato. Al contempo, tuttavia, per mezzo del concetto di *concretezza*, contrapposto a quello di astrazione, si finisce con il valorizzare l'apporto concretizzante sottotipologico attuato dall'elemento circostanziante, accentuandone così la connotazione accessoria rispetto al tipo valoriale-base. La dimensione concreta del giudizio valutativo sotteso alla fattispecie circostanziata finisce poi con il rimarcare sia il ruolo ricoperto dal giudice nel procedimento di individuazione/applicazione della fattispecie di reato, sia le ricadute dell'istituto delle circostanze sul piano commisurativo. Ciò poiché l'interprete è da un lato l'unico soggetto che si trova in diretto contatto con il fatto *hic et nunc* posto in essere dal reo e, pertanto, il solo deputato a coglierne le peculiarità della concreta manifestazione e dall'altro l'attore principale nel procedimento commisurativo di adeguamento - secondo l'imperativo della proporzione - del *quantum* di pena al disvalore del fatto di reato posto in essere. Occorre, tuttavia, rilevare che, sebbene presenti i meriti *de quibus*, l'impostazione dogmatica in esame finisce con l'andare in contro ad una critica pressoché insuperabile. Non ci pare, infatti, possibile enucleare una nozione di «fattispecie concreta» che sia concettualmente, sistematicamente e funzionalmente separata tanto dagli elementi costitutivi tanto da quelli di graduazione e commisurazione.

Ciò doverosamente premesso e puntualizzato, proprio sulle orme della teoria autonomista sopra esaminata si è andata affermando l'idea che la combinazione della

⁶⁶ G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 83 ss. e 168 ss.

fattispecie incriminatrice semplice con la disposizione circostanziale darebbe vita ad una *forma di manifestazione del reato*, ossia ad una modalità di realizzazione nel caso concreto della fattispecie astratta. Dalla problematica della posizione delle circostanze nella struttura del reato l'analisi dogmatica si è, dunque, per così dire spostata sul diverso problema – anch'esso di sistemazione-strutturale – che attiene, tuttavia, al profilo della posizione della fattispecie circostanziata nella teoria generale del diritto. Problematica quest'ultima sicuramente più interessante rispetto alla precedente e non ancora in dottrina compiutamente ed analiticamente indagata.

2.1.2.1 La fattispecie circostanziata quale autonoma forma di manifestazione del reato. La posizione della norma nella teoria generale del reato e le perplessità dell'inquadramento tradizionale

Secondo l'opinione tradizionale, tutt'ora in auge, l'elemento circostanziante inciderebbe sulla forma di manifestazione del reato semplice.

La conseguente collocazione e sistematizzazione della disciplina del reato circostanziato fra le c.d. «forme di manifestazione del reato» merita, tuttavia, un'attenta riflessione dal momento che evidenzia aspetti e considerazioni di grande rilievo e problematicità. Da un lato, infatti, la suddetta “impostazione classificatoria” – sebbene assolutamente peculiare rispetto alla totalità degli altri ordinamenti stranieri⁶⁷ - presenta pregi in termini di *economicità* e *chiarezza nell'inquadramento organico delle principali categorie penalistiche*; dall'altro lato si presta, tuttavia, a non poche perplessità ed incongruenze sistematiche specie nel raffronto con gli altri istituti ricondotti nell'alveo delle *forme di manifestazione del reato*.

Occorre, peraltro, precisare come l'esplicito rilievo quale forma di manifestazione del reato alla fattispecie circostanziata, ormai saldamente riconosciuto dalla gran

⁶⁷ Limitandoci qui solo ai principali ordinamenti innanzi considerati, si può ad esempio segnalare che, privo di alcun valore nell'ambito dell'ordinamento francese, in Spagna il riferimento alle c.d. *formas de aparicion del delito* è normalmente fondato sulla sola considerazione dell'istituto del tentativo, della compartecipazione criminosa e del concorso di reati (per tutti v. Cobo Del Rosal, Vives Anton, *Derecho penal*, cit., 545 ss., ove si possono cogliere anche alcuni accenni di carattere generale alla problematicità della classificazione), mentre, in Germania, oltre ad autori che optano per una delimitazione analoga a quest'ultima (v. ad esempio Baumann, Weber, *Strafrecht*, cit., 468 ss.) ve ne sono altri che seguono criteri diversi e classificano quali forme di manifestazione dell'azione punibile le sole ipotesi di responsabilità colposa ed omissiva (v. Jesecheck, Weigend, *Lehrbuchs*, cit., 560 ss.), ed altri ancora che, più in generale, riconducono al concetto di *Erscheinungsformen des Verbrechens* ogni forma di responsabilità astratta, diversa da quella dolosa (e quindi considerano sotto tale etichetta la responsabilità per omissione, la responsabilità colposa, il tentativo, la compartecipazione, nonché la stessa disciplina del concorso di reati: in questo senso v. in particolare Maurach, Gossel, Zipf, *Strafrecht*, cit., 1 ss.). non mancano dunque altri autori che invece prescindono completamente da ogni riferimento alla categoria più generale: fra questi v. per tutti Schmidhauser, *Strafrecht*, cit.. Cfr. fra tutti sul punto A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 548.

parte della dottrina italiana, non è mai stato fatto oggetto di studi particolarmente approfonditi⁶⁸.

La categoria delle forme di manifestazione del reato, inizialmente recepita con solo riguardo agli istituti del tentativo, del concorso di persone e del concorso di reati – sulla falsariga della originaria dottrina tedesca sulle c.d. *Erscheinungsformen des Verbrechens*⁶⁹ – fu poi estesa fino a ricomprendervi anche la disciplina delle circostanze

⁶⁸ I principali riferimenti si ritrovano soprattutto nella letteratura in tema di concorso di persona nel reato (v. ad esempio M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 64 ss.), ed in quella sulla disciplina del tentativo (v. soprattutto M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, cit., 33 ss.). Oltre a quanto ricavabile da quest'ultimo contributo, gli spunti di maggior rilievo sono comunque quelli proposti, in ordine cronologico, da R. Frosali, *Sistema*, cit., I, 359 ss.; A. Pagliaro, *Principi, Parte generale*, cit., 453 ss.; S. Ardizzone, *I reati*, cit., 101 ss. Di recente, la tematica è stata fatta oggetto di alcune non infondate preoccupazioni da parte di G. de Vero, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, cit., 196 ss., il quale, oltre a segnalare l'esigenza di una rinnovata riflessione sulla tradizionale rilevanza generale della categoria, ha sollecitato più attente considerazioni *de jure condendo* sulla connessa efficacia estensiva delle ordinarie fattispecie incriminatrici. Forse perché ispirato da una esplicita preferenza per la diversa impostazione a suo tempo proposta da Contento, l'autore non ha tuttavia ricompreso nella categoria in parola la specifica disciplina delle circostanze, ma, in posizione eterogenea rispetto alla impostazione più tradizionale, ha invece considerato quella sul reato commissivo improprio. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 549.

⁶⁹ La stessa individuazione della categoria viene tradizionalmente fatta risalire ad alcune generiche indicazioni contenute negli scritti pubblicati agli inizi del secolo da autorevoli penalisti tedeschi, i quali però non fornirono un'esatta definizione del concetto, e si limitarono solo a porlo in correlazione con gli accennati istituti del tentativo, del concorso di persone e del concorso di reati (per questa originaria considerazione della tematica v. in particolare Von List, Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., 149; Mezger, *Strafrecht*, cit., 375. La netta genericità di questa prima impostazione emerge chiaramente anche dallo specifico studio pubblicato nel 1909 da Von Overbeck, *Die Erscheinungsformen des Verbrechen in Lichte der modernen Strafrechtsschule*. Un primo, più incisivo, tentativo di definizione della categoria è stato in seguito ravvisato in alcune limitate, ma interessanti, precisazioni di Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, cit., 69 ss., il quale, ferma una precisa critica al precedente coinvolgimento della disciplina sul concorso di reati, condivise la classificazione comune così proposta per gli istituti del tentativo e della compartecipazione, e ne precisò il diverso livello sistematico rispetto all'ulteriore distinzione fra azione ed omissione, nonché fra dolo e colpa (sul punto anche per maggiori indicazioni sull'evoluzione storica della nozione delle forme di manifestazione del reato, v. in particolare Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., 364ss.). in seguito la categoria ha comunque acquisito maggior rilievo sistematico soprattutto a partire dalla importante presa di posizione di Ernst Beling (v. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., in particolare 268 ss. e 287; Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., 2 e 7; per un sintetico accenno in uno scritto in lingua italiana Beling, *Il significato*, cit., 322 ss.) il quale ne limitò tuttavia l'area di riferimento solo alla disciplina del tentativo ed a quella sul concorso di persone nel reato. Pur senza tener conto dello specifico fondamento sistematico che l'autore assegnò alla categoria, questa più circoscritta delimitazione si è di fatto mantenuta anche nell'ambito di alcune successive opere in lingua tedesca, fra le quali v. soprattutto Nowakowski, *Zur Systematik der Lehre von den Erscheinungsformen des Verbrechen nach der subjektiven Auffassung*, cit., 22 ss; Roeder, *Die Erscheinungsformen des Verbrechen*, cit., 9 ss.; nella letteratura più generale v. altresì Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, cit., 48 ss., pur con riguardo alla diversa definizione di "Modalitäten der Verbrechenbegehung" e H. Mayer, *Strafrecht*, cit., 276 ss.; in termini parimenti generici, più di recente, v., Spotowski, *Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht*. In molti casi il concetto di *Erscheinungsformen* tende tuttavia ad essere ulteriormente riferito tanto alle ipotesi aggravate e attenuate di una particolare figura di reato, quanto alle diverse variabili concrete del fatto storico: per un esempio di

ze del reato in maniera del tutto improvvisa nella terza edizione del manuale di diritto penale di Francesco Antolisei. Nel 1955 l'illustre Autore inserì, infatti, per la prima volta – anche se un primo segnale in tal senso era già ravvisabile nella elaborazione del Grispi⁷⁰ - l'analisi della disciplina delle circostanze all'interno del capitolo dedicato alle forme di manifestazione del reato⁷¹. Anteriormente, la trattazione dell'istituto veniva, invece, sviluppata nel contesto di un capitolo autonomo e svincolato da tutte le ulteriori ripartizioni della materia. Col tempo la soluzione classificatoria sopra richiamata è stata ampiamente accolta dalla maggioranza della manualistica italiana⁷² che ha, tuttavia, spesso offerto cenni del tutto generici e vaghi sul reale fondamento dogmatico di tale sistemazione, difettando così nell'individuazione e valorizzazione di un nesso comune ai singoli istituti unitariamente classificati⁷³.

questa duplice prospettiva v. Schroder, *Gesetzliche*, cit., 415 e 416. I termini complessivi di questo dibattito hanno sicuramente influenzato la letteratura italiana, che, fin dalle prime occasioni, si è quasi sempre ispirata agli schemi originariamente adottati dalla prima concezione sopra indicata, fin dalle prime occasioni di riconoscimento, la categoria è stata però collegata solo alla disciplina del delitto tentato, a quella del concorso di persone nel reato, ed a quella del concorso di reati: fra i primi esempi, in questo senso, v. soprattutto S. Ranieri, *Diritto penale*, cit., 290 ss. Quest'ultimo autore ha in ogni caso mantenuto ferma l'esclusione delle circostanze del reato dalla sistematica delle forme di manifestazione del reato anche nella successiva rielaborazione di questa prima sua opera: v. infatti S. Ranieri, *Manuale*, cit., 313 ss. per una soluzione analoga v. anche G. Musotto, *Corso di diritto penale*, cit., 189 ss. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 549 ss.

⁷⁰ V. infatti F. Grispi⁷⁰, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947, 23 (il testo è identico anche nella prima edizione del 1945), il quale però si limitò solo ad una segnalazione di carattere generalissimo. Cfr. A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 550.

⁷¹ Nelle edizioni precedenti del 1947 e del 1948 l'Antolisei aveva, invece, circoscritto il capitolo alla sola disciplina del tentativo, del concorso di persone nel reato e del concorso di reati. La diversa soluzione adottata nel '55 fu probabilmente influenzata dalle soluzioni seguite dalla dottrina tedesca, con particolare riferimento alla posizione assunta da Mezger e a livello nazionale dalla importante presa di posizione di Marcello Gallo allievo dell'Autore a sostegno della sostanziale autonomia del reato circostanziato. Cfr. M. Gallo, *Sulla distinzione*, cit., 560 ss.

⁷² Per un quadro di massima v., in generale, G. Contento, *Corso*, cit., 581 s., C. Fiore, *Diritto*, cit., 1 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 397; G. Marini, *Lineamenti*, cit., 632, T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 370; A. Pagliaro, *Principi, Parte generale*, cit., 453 ss.; G. Zuccalà, *Delle circostanze*, cit., 189. Anche se con riguardo al solo profilo terminologico, una posizione parzialmente autonoma fu a suo tempo assunta da Pietro Nuvolone, il quale preferì optare per la definizione di "fattispecie eventuali": cfr. P. Nuvolone, *Il sistema*, cit., 375. In termini analoghi, in un primo momento, v. anche F. Ramacci, *Istituzioni di diritto penale*, cit., 217, il quale proponeva un riferimento al diverso concetto di "fenomenologia del reato", corretto ora con un più generale richiamo alle "forme del reato": v. infatti F. Ramacci, *Corso*, cit., 146. La categoria delle forme di manifestazione del reato non risulta invece accolta da molti altri autori: a titolo meramente esemplificativo v. M. Boscarelli, *Compendio*, cit., 187 e di recente G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 371 ss. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 551.

⁷³ La categoria delle forme di manifestazione ha, in realtà, cominciato ad essere valorizzata secondo più precisi criteri tecnico-sistematici soprattutto a seguito dei già richiamati studi di Ernst Beling sul concetto di *Tatbestand*. La questione fu in particolare collegata al tentativo operato dall'autore di distinguere fra fattispecie autonome ed indipendenti (le c.d. *Grundstrafdrohungen*) e fattispecie relative e/o dipendenti (*relative Strafdrohungen*): le prime furono identificate con le disposizioni incriminatrici caratterizzate dalla previsione di una autonoma minaccia di pena; le seconde furono invece ravvisate in tutte le

Nella presente trattazione cercheremo, dunque, di dare conto ed approfondire le ragioni dell'inquadramento dell'istituto delle circostanze fra le «forme di manifestazione del reato», al fine di verificarne in ultima battuta la correttezza o meno.

L'impostazione dottrinale più autorevole ed all'avanguardia - da cui è necessario prendere le mosse - è solita affermare che il reato si manifesta nel mondo concreto, *hic et nunc*, in modo che non coincide mai perfettamente con la descrizione astratta del fatto tipico e ciò poiché l'episodio storico e concreto o presenta talune caratteristiche "in più" rispetto a quelle essenziali della fattispecie astratta, oppure ha qualche cosa "in meno" rispetto al modello legale del fatto tipico⁷⁴. Ebbene, nell'ipotesi di elementi ulteriori ("in più"), la problematica consiste nell'accordare rilevanza a dati di fatto che - in base alla sola norma incriminatrice-base - sarebbero del tutto irrilevanti, essendo il fatto storico già perfetto e conforme alla fattispecie incriminatrice. A questo fine provvedono, pertanto, le circostanze del reato come elementi ulteriori ed aggiuntivi rispetto a quelli essenziali. Nelle ipotesi, invece, di incompleta tipicità del fatto ("in meno"), che presentano tuttavia una analoga "significatività" rispetto al fatto tipico perfetto, si tratta, invece, di attribuire rilevanza ad episodi che sarebbero destinati a rimanere del tutto privi di conseguenze penali proprio in quanto atipici. A questo fine occorre la formulazione di norme che provvedano ad estendere la tipicità oltre quanto stabilito dalle singole norme incriminatrici. Svolgono questa funzione le norme sul tentativo e quelle sul concorso di persone nel reato.

Ciò precisato, l'idea di fondo su cui si incardinano le sopra riportate considerazioni appare essere quella di "identità del fondamentale significato delittuoso base"⁷⁵. Ciò che lega fra loro le diverse fattispecie - frutto della combinazione in modi diversi delle disposizioni del codice penale (che danno luogo ad altrettante fattispecie) - risulterebbe in tale ottica essere il fatto che tutte queste ruotano attorno ad *un medesimo disvalore* espresso dalla norma base. Un nucleo comune disvaloriale, dunque, manifestato dalla fattispecie-semplice, a cui i diversi istituti del tentativo, del concorso di persone e delle circostanze del reato accedono e che al contempo, dopo averlo fatto proprio⁷⁶, declinano sul piano fenomenico-valoriale. Le forme di manifestazio-

disposizioni (sia di parte generale che di parte speciale) che, in quanto fondate su di una mera variazione di pena, potevano trovare applicazione solo attraverso un processo di integrazione normativa con una separata *Grundstrafdrohung*. A differenza tuttavia di quanto operato dalla precedente letteratura di lingua tedesca, che aveva spesso correlato la nozione di "forme di manifestazione del reato" con la generica variazione delle fattispecie incriminatrici di parte speciale (secondo tale originaria concezione, "Erscheinungsform ist also *modifizierter Tatbestand*"), Beling ritenne preferibile circoscrivere il fondamento sistematico della classificazione ai soli casi di *relative Strafdrohungen* in grado di trovare applicazione rispetto a tutti gli illeciti; laddove, cioè, si trattasse di minacce relative di pena aventi rilevanza generale. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 551 s.

⁷⁴ Cfr. in tal senso in particolare F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit.

⁷⁵ Espressione questa utilizzata da Antonio Pagliaro, a cui, tuttavia, noi abbiamo aggiunto il termine base proprio per indicare che le figure criminose che si vengono ad individuare tanto nel caso del tentativo, tanto in quello del concorso di persone e tanto nel reato circostanziato ruotano tutte attorno ad una medesima significanza disvaloriale seppur declinata in termini diversi.

⁷⁶ Nel senso di averlo reso costitutivo della fattispecie nuova risultato della combinazione normativa.

ne del reato altresì non sarebbero, pertanto, che articolazioni fenomeniche della fattispecie semplice a cui, stante la medesimezza del nucleo base disvaloriale, il legislatore ha dato rilevanza attraverso la predisposizione di norme a carattere generale astrattamente suscettibili di combinarsi con le diverse disposizioni incriminatrici di parte speciale, dando luogo ad una estensione/declinazione della tipicità. “Estensione della tipicità” che, tuttavia, si articola in modo profondamente differente a seconda che si tratti delle norme sul tentativo o sul concorso di persone nel reato oppure si sia in presenza di elementi circostanzianti. Nel primo caso, infatti, la combinazione normativa⁷⁷ dà luogo ad un ampliamento dell’alveo del penalmente rilevante rispetto a fatti che altrimenti sarebbero perfettamente leciti: ciò che è atipico diviene, pertanto, tipico. Nel caso, invece, della previsione di un elemento circostanziale l’effetto estensivo della tipicità ad elementi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla fattispecie semplice non provoca una estensione del penalmente rilevante, ma l’effetto “legislativo-graduatorio” di (astratta) ridefinizione dei margini edittali. Il fatto circostanziato sarebbe stato, infatti, penalmente rilevante anche in assenza della tipizzazione normativa dell’elemento *de qua*. L’operazione legislativa di “selezione” ed “elezione” (sottesa alla previsione della circostanza propria) contribuisce, tuttavia, a ridisegnare il compasso edittale proprio della fattispecie incriminatrice circostanziata. Così, ad esempio, l’estensione della tipicità alla circostanza (speciale ed indipendente) del fatto commesso nei confronti di persona che si trovi nell’atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro (*ex art. 628.3 n. 3 quater c.p.*⁷⁸) accordata al reato di rapina determina una nuova cornice edittale (propria della fattispecie di rapina circostanziata) che prevede la pena della reclusione da quattro anni e sei mesi a venti anni e della multa da € 1.032 a € 3.098. Lo stesso può, peraltro, anche dirsi⁷⁹ nel caso in cui ricorra una circostanza con variazione di pena proporzionale. Basti porre mente, ad esempio, all’elemento circostanziale (speciale e ad effetto speciale⁸⁰) previsto dall’art. 602 *ter* c.p. che prevede un aggravio di pena ove i delitti di cui all’art. 600, 601 e 602 c.p. siano diretti allo sfruttamento della prostituzione. Ebbene, ove quindi il delitto di riduzione e mantenimento in schiavitù o in servitù sia posto in essere al suddetto fine il compasso edittale viene (in astratto⁸¹) ridefinito attraverso l’applicazione di un aumento da 1/3 (per il termine minimo) alla metà (per il termine massimo). La nuova pena legislativamente determinata oscilla, pertanto, da dieci anni, sei mesi e sei giorni a trenta anni di reclusione.

⁷⁷ Art. 56 c.p. e norma incriminatrice di parte speciale; oppure art. 110 c.p. e norma incriminatrice di parte speciale.

⁷⁸ Come introdotto dall’art. 3, comma 27, *lett. a*) della l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁷⁹ Anche se le precisazioni condotte sul meccanismo di operatività dell’art. 63 c.p. che si svilupperanno nel capitolo dedicato alla funzione delle circostanze del reato contribuiranno a gettare luce chiarificatoria anche sulla circostanza ora in esame.

⁸⁰ Ma pur sempre a variazione di pena proporzionale.

⁸¹ Lo ribadiamo, poiché tale operazione non dovrebbe mai trovare luogo da parte del magistrato, anche se così non è nella prassi applicativa.

L'esistenza del suddetto nesso comune fra disvalore della fattispecie base e disvalore (declinato) della sua forma di manifestazione rappresenta, dunque, il perno di legittimazione della rilevanza generale della categoria.

Da tali considerazioni si evince, peraltro, anche la reale utilità della teoria delle forme di manifestazione del reato: considerare coppie di figure che possiedono qualche cosa in comune e che differiscono, invece, per quelle entità specifiche che le caratterizzano. Il tutto in un'ottica di valorizzazione dei nessi relazionali, di economicità normativa e di chiarezza nell'inquadramento organico.

Pur, tuttavia, nonostante i meriti *de quibus* lo stesso valore dell'"identità del fondamentale significato delittuoso base" appare fondato su di un presupposto (*id est* il concetto di autonomia) erroneamente sviluppato.

E' d'uopo, infatti, osservare che il connotato di autonomia, che si ravvisa nella fattispecie del reato circostanziato, assume nel nostro ordinamento un valore sostanzialmente *diverso* da quello sotteso alla pur analoga affermazione di "autonomia" della fattispecie del delitto tentato e di quella del reato plurisoggettivo eventuale. Nel primo caso si tratta, infatti, di un riflesso apprezzabile sul solo piano della teoria delle norme e dei corrispondenti criteri di individuazione della fattispecie (in senso ampio); nel secondo si valorizza, invece, un requisito di "autonomia" che (al pari di quanto emergente proprio dall'accennato raffronto fra due ipotesi di reato fra loro speciali) si fonda sulla totale indipendenza normativa che la fattispecie tentata (o quella eventualmente plurisoggettiva) presenta rispetto alla corrispondente figura consumata (o monosoggettiva): si tratta, cioè, di quello stesso connotato di autonomia, che, sotto altro profilo, ma in una ottica esattamente contrapposta, si ritiene venga concretamente a caratterizzare proprio il diverso rapporto intercorrente fra una determinata fattispecie autonoma di reato e la connessa – ma in questa accezione "non autonoma" – fattispecie di reato circostanziato.

Occorre, inoltre, osservare che se l'"identità di significato criminoso" con altra fattispecie di reato rappresentasse veramente il perno in grado di giustificare sistematicamente il riconoscimento di fattispecie meglio classificabili quali mere forme di manifestazione del reato, tale requisito sarebbe di certo più correttamente ravvisabile nel caso di due fattispecie autonome legate fra loro da un diretto rapporto di specialità unilaterale, anziché in quello fondato sulla connessione fra una determinata fattispecie base ed una singola ipotesi circostanziale⁸².

Queste precisazioni evidenziano, perciò, la dubbia plausibilità di quella soluzione teorica volta ad assimilare sotto la comune etichetta delle forme di manifestazione del reato la disciplina del reato circostanziato e quelle del tentativo e della partecipazione. E', dunque, la specifica struttura del reato circostanziato, sviluppata (pa-

⁸² A questo riguardo potrebbe fra l'altro aggiungersi che, poiché queste ultime verrebbero ad integrare gli estremi di un concorso necessariamente apparente di norme, la duplicità delle fattispecie esistenti assumerebbe un valore puramente ideale e, quindi, di fatto analogo a quello astrattamente ipotizzabile anche nel rapporto fra fattispecie semplice e circostanziata. Cfr. in tal senso A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 554.

radossalmente⁸³) nell'ottica c.d. autonomista, a imporre l'opportunità di differenziare il settore delle circostanze in senso stretto da quegli istituti che danno, invece, vita ad un nuovo titolo di reato.

Priva di reale fondamento si rivela d'altronde anche l'idea che l'inquadramento di tali istituti sotto una comune "etichetta" dogmatica possa apparire giustificata alla luce del connotato di accessorietà e dipendenza, che ne contraddistinguerebbe il relativo regime normativo, e che porterebbe, in tutti questi casi, a rilevare la sussistenza di fattispecie che, pur contraddistinte da autonomi effetti giuridici, scaturirebbero sempre da un necessario – ed in questo senso analogo e comune – fenomeno di integrazione normativa⁸⁴. A ben vedere, sono ancora una volta proprio le caratteristiche strutturali degli istituti coinvolti a rendere del tutto evidente la netta diversità di presupposti che, al contrario, contraddistinguono la specifica rilevanza delle circostanze, rispetto a quella del delitto tentato e della compartecipazione criminosa. Non può, infatti, trascurarsi il diverso rilievo che le disposizioni in tema di tentativo e di concorso di persone nel reato assumono, per il fatto stesso di operare in un settore di confine fra l'area del lecito e quella dell'illecito penalmente rilevante. L'effetto peculiare della disciplina prevista per questi istituti è invero proprio quello di ampliare il campo di applicabilità di una determinata fattispecie incriminatrice a situazioni che altrimenti resterebbero al di fuori di tale originario ambito di rilevanza. Da questo punto di vista, anzi, ed al contrario di quanto riscontrabile nella passata impostazione belinghiana, i requisiti costitutivi del tentativo e della compartecipazione criminosa sono giustamente considerati espressione di fattispecie contraddistinte da una nuova ed originaria tipicità: vale a dire (e questo anche a prescindere da una immediata valutazione del reale fondamento del più tradizionale concetto di "titolo di reato"), concorrono a delimitare in forma autonoma i presupposti di tipicità di fatti che (in loro assenza) dovrebbero, viceversa, considerati perfettamente leciti⁸⁵. Profon-

⁸³ Paradossalmente in quanto, come precisato nelle prime battute del paragrafo, è stata proprio la teoretica c.d. dell'autonomia della fattispecie circostanziata a sviluppare la classificazione sistematica dell'istituto nella categoria delle forme di manifestazione del reato.

⁸⁴ Oltre a quanto rilevato rispetto alla specifica posizione di A. Pagliaro, *Principi, Parte generale*, cit., 453, questa considerazione pare per certi versi riferibile anche a quanto più di recente precisato da T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 307 ss., il quale ha accolto questo specifico inquadramento dell'istituto, ritenendo che il concetto di "forma più semplice (e, si potrebbe dire, prototipica)" del reato, vale a dire alla figura del reato consumato commesso da un singolo autore. L'illustre Autore ha così distinto fra le diverse forme complessivamente attinenti: a) alla gravità del reato; b) al grado della sua realizzazione; c) al numero di persone intervenute nel processo di commissione. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 556.

⁸⁵ Questo infondo anche il motivo delle citate critiche mosse da alcuni autori tedeschi all'originaria impostazione di Beling, in relazione alle quali v. anche quanto opportunamente precisato da M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 40, circa l'infondatezza di quelle ulteriori opinioni che, valorizzando gli istituti in esame più quali cause di estensione della pena, che della stessa fattispecie, tendevano ad ammettere la possibilità di apprezzare la *Tatbestandsmabigkeit* del tentativo già rispetto alla sola disposizione incriminatrice di parte speciale: per quest'ultima posizione v. in particolare Zimmeri, *Die Tatbestandsmabigkeit des Versuchs*, cit., 387 ss.; al contrario, a favore di una accezione del concetto di *Strafausehnungsgrunde* nel senso di *Tatbestandausedehnungsgrunde*, v. Endemann, *Zur Lehre*, cit., 121.

damente diverso è, invece, il significato di volta in volta assunto dal fenomeno di integrazione che sottintende all'operatività delle circostanze. La fattispecie del reato circostanziato (vale a dire la congiunzione fra i presupposti della singola figura di reato e quelli della disposizione circostanziale) comporta, infatti, una selezione dei fatti già autonomamente ricompresi nello schema della fattispecie base, determinando così la valorizzazione di aspetti che, laddove inidonei a determinare l'integrazione di una fattispecie incriminatrice – l'ipotesi si limita, tuttavia, ai soli casi di c.d. reato composto (o reato complesso in senso stretto) -, sarebbero destinati ad assumere rilievo solo quali meri elementi di commisurazione della pena in senso stretto. Anche le circostanze intervengono, cioè, sulla sfera di applicabilità di una singola norma incriminatrice, ma con un effetto esattamente opposto: non ampliano, bensì restringono la sfera di fatti già direttamente riconducibili ad una autonoma figura di reato, e quindi non assumono alcun rilievo sul versante costitutivo della punibilità⁸⁶.

Per quanto aspetto raramente valutato con la dovuta attenzione, la diffusa tendenza ad inquadrare la disciplina delle circostanze fra le forme di manifestazione del reato (o, per lo meno, ad affiancarla a quella diversamente prevista per il delitto tentato ed il concorso eventuale di persone) si rivela, perciò, soluzione priva di un plausibile fondamento sistematico sia ove si prenda le mosse dall'impostazione dottrinale c.d. autonomista, sia ove, di converso, si parta dai diversi presupposti dell'accessorietà e non essenzialità. Nell'insieme appare, quindi, altresì chiaro che, nonostante i molti sforzi della migliore dottrina italiana, la ricerca di una spiegazione "dogmaticamente" unitaria ed autonoma dello specifico assetto normativo che il fenomeno circostanziale presenta nell'attuale sistema legislativo risulta ancora lontana dall'offrire una soluzione definitiva appagante.

2.1.2.1.1 Per una sistematizzazione dell'istituto nel processo di commisurazione della pena

Ciò posto e considerato sono mature alcune riflessioni a carattere *rifondativo*.

A nostro avviso sarebbe, infatti, corretto scorporare l'istituto e la disciplina delle circostanze dalla categoria delle forme di manifestazione del reato e collocarle nel momento commisurativo della pena.

Ebbene, le ragioni della suddetta sistematizzazione della tematica in esame risulterebbero legittimate ancora una volta da una attenta analisi della disciplina positiva

Da questo punto di vista, quindi, la rilevanza sistematica di tali disposizioni potrebbe essere in tutto e per tutto equiparata all'analogo ruolo che la regola dell'art. 40.2 c.p. assume rispetto al settore della c.d. responsabilità omissiva impropria. A favore di questo inquadramento v. peraltro quanto prospettato da G. de Vero, *Le forme*, cit., 196 ss. Sull'intera problematica, nella letteratura tedesca, v. inoltre l'approfondita disamina di Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., 364 ss. Cfr., più diffusamente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 556 ss.

⁸⁶ I termini dello specifico coinvolgimento delle circostanze sul solo versante modificativo della punibilità, e quindi la possibilità di motivare l'autonomia dell'istituto sul piano delle specifiche caratteristiche previste per questo ulteriore aspetto della relativa disciplina, sarà ovviamente oggetto di più ampia considerazione nell'ambito della successiva analisi dei profili di rilevanza funzionale. Cfr. A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 557.

delle circostanze del reato così come accordata dal legislatore nella parte generale del codice, nonché dalle riflessioni in ordine alla funzione dell'istituto.

E' d'uopo preliminarmente ricordare, infatti, che la *comminatoria* della pena edittale si pone su un piano *astratto*, che prevede cioè la realizzazione in concreto di un certo fatto storico da parte di un soggetto determinato. Il passaggio dal piano astratto a quello *concreto* della pena *inflitta* (o *irrogata*) al reo non avviene in modo automatico, ma attraverso una complessa *operazione valutativo-discrezionale* che il giudice di cognizione è chiamato a compiere nel provvedimento di condanna e che prende il nome di «commisurazione della pena». Si suole, come noto, distinguere tra una commisurazione *in senso stretto* e una commisurazione c.d. *in senso ampio*. La commisurazione della pena *in senso stretto* concerne la quantificazione della pena all'interno dei limiti edittali, attraverso i criteri di cui all'art. 132 e 133 c.p. La commisurazione *in senso ampio* riguarda, invece, tutte le operazioni ulteriori di determinazione della pena, in quanto ne sussistano i presupposti nel caso concreto. E così, in primo luogo e per quanto qui più specificamente interessa, una volta individuata la pena entro la cornice edittale (c.d. pena base), l'eventuale presenza di circostanze potrà impegnare il giudice in successive operazioni consistenti sia nell'individuazione della misura degli aumenti o diminuzioni di pena, che di regola sono anche essi previsti entro limiti edittali, sia nell'accertamento di eventuali circostanze indeterminate, come ad esempio le attenuanti generiche, sia nel giudizio di comparazione fra circostanze nel caso di loro concorso eterogeneo⁸⁷.

Più precisamente, occorre rimarcare che trattare degli elementi circostanziali nel momento della commisurazione della pena permette di svincolarsi dalle maglie di una discussione da sempre fossilizzata sui soli presupposti di rilevanza dogmatica dell'istituto attraverso una più attenta considerazione dell'esatto ruolo assunto dalle circostanze nel complesso rapporto fra la predeterminazione legislativa delle singole fattispecie di reato e la conseguente irrogazione giudiziale della pena. E ciò valorizzando tutta una serie di caratteristiche pratico-applicative e funzionali di centrale rilievo per la comprensione dell'istituto.

In primis l'inquadramento *de quo* permetterebbe di dare piena considerazione all'apporto *sottotipologico e concretizzante* dell'elemento circostanziale e ciò in stretta relazione con il ruolo valutativo accertativo e/o dosimetrico-graduatorio del giudice. La commisurazione (sia essa in senso stretto che in senso ampio) implica, infatti, il compimento di operazioni a carattere valutativo da parte del giudice. Questi gode di

⁸⁷ Sotto il concetto di commisurazione in senso ampio vanno poi considerate tutte le operazioni che tanto il giudice della cognizione quanto quello di sorveglianza compiono per decidere sulla eventuale applicazione degli istituti alternativi alla pena edittale e in particolare detentiva, sempre che ne sussistano ovviamente i presupposti. Occorre tener presente al riguardo che l'evoluzione più recente del sistema sanzionatorio penale è caratterizzato da un generale disfavore nei confronti della pena detentiva: conseguentemente, il legislatore ha sviluppato tutta una serie di istituti o "misure" destinati a "prendere il posto" della pena detentiva anche nei casi in cui quest'ultima sia l'unica pena principale comminata dalla norma incriminatrice. Questi istituti possono trovare la sede della propria applicazione o nel giudizio di cognizione o anche successivamente nella fase esecutiva della pena detentiva.

una ampia discrezionalità espressamente conferitagli dal legislatore (e costituzionalmente fondata) in quanto necessaria per concretizzare la comminatoria edittale della pena nel modo più adeguato possibile alle caratteristiche concrete del fatto storico. Ebbene, il giudice è chiamato proprio dall'elemento circostanziante (e nei limiti-vincoli da esso predisposti) a concretizzare la norma e a commisurare la pena in relazione al reale disvalore espresso dal fatto posto in essere dal reo. Le suddette riflessioni rimangono, viceversa, del tutto in ombra (se non proprio pretermesse) seguendo l'impostazione tradizionale legata alla collocazione dell'istituto nella categoria delle forme di manifestazione del reato, ove, per converso, si esalta la funzione ed il ruolo di tipizzazione legislativa della circostanza propria. Solo, dunque, una piena valorizzazione dell'istituto nella fase commisurativa permette lo sviluppo di una fondamentale riflessione sul centrale ruolo applicativo-discrezionale ricoperto dal giudice.

In secondo luogo, l'impostazione in esame seguirebbe fedelmente la scansione dell'*iter* di determinazione giudiziale della pena. Affrontare la tematica delle circostanze del reato e del loro effetto incisivo sul *quantum* di pena da irrogare immediatamente dopo aver chiarito ed analizzato il procedimento di commisurazione infraeditale - secondo gli indici e i criteri espressi (*rectius* "non espressi"⁸⁸) dall'art. 133 c.p. -, significa, infatti, rispettare la scansione logico-temporale dell'*iter* commisurativo a cui il legislatore richiama il giudice. Individuata la pena base, infatti, l'interprete deve successivamente procedere (ove sussistente) ad applicare l'aumento o la diminuzione di pena⁸⁹ accordata dal singolo elemento circostanziale. In caso di concorso eterogeneo di circostanze il giudice procederà, invece, con l'effettuare prima il giudizio di bilanciamento fra i singoli elementi aggravanti ed attenuanti e successivamente nell'ordine provvederà a commisurare la pena all'interno dei margini edittali e poi ad applicare (salvo non abbia optato per l'equivalenza) gli aumenti o le diminuzioni accordati dagli elementi circostanziali (ritenuti prevalenti), secondo i criteri stabiliti dall'art. 63 c.p. Le suddette considerazioni, frutto dell'inquadramento dell'istituto nel processo di commisurazione della pena, permettono di soffermare l'attenzione sul fatto che la combinazione dell'elemento circostanziante con la fattispecie semplice non dà propriamente vita ad un procedimento di astratta ridefinizione del compasso edittale della fattispecie, ma, piuttosto, instaura un meccanismo di calcolo-commisurativo del tutto concreto e reale legislativamente predeterminato e che il giudice è chiamato a svolgere. Considerare, pertanto, l'effetto tutto *astratto* di ridefinizione delle cornici edittali, seppur concettualmente corretto sul piano teorico, su quello pratico-applicativo e avendo riguardo al dato positivo si rivela fonda-

⁸⁸ Dal momento che l'elenco di cui all'art. 133 c.p. è del tutto onnicomprensivo non riesce a svolgere alcun ruolo di vincolo-guida per il giudice che si trova, pertanto, perfettamente libero nella propria valutazione del fatto storico di reato così come fenomenicamente manifestatosi. Unico obbligo, ma si tratta di un dovere logico a posteriori e non pratico a priori, consiste nell'obbligo motivazionale in sentenza.

⁸⁹ Nella misura in cui il giudice ha valutato la maggiore o minore capacità del dato fattuale circostanziale di esprimere il valore positivo o negativo sotteso alla fattispecie circostanziante.

mentalmente errato⁹⁰. Un esempio può risultare chiarificatore delle considerazioni appena sviluppate. Che senso ha considerare l'aggravante dell'aver agito con crudeltà verso le persone *ex art. 61 n. 4 c.p.* combinata con il delitto di abuso dei mezzi di correzione o disciplina *ex art. 571 c.p.* nella sua dimensione teorico-astratta di ridefinizione della forbice edittale che andrebbe così da sedici giorni a otto mesi di reclusione? La risposta non può che essere una: nessuno. Il giudice, infatti, non deve procedere a commisurare la pena entro la suddetta nuova cornice edittale che, pertanto, non viene da questi nemmeno ricostruita né presa in considerazione. Appare sicuramente più corretto, dunque, tenere come punto di riferimento la fattispecie semplice (art. 571 c.p.) nella sua concreta manifestazione fenomenica ed il compasso edittale per questa comminato all'interno del quale il giudice procederà ad individuare la pena-base. Fissata la pena fra i quindici giorni e i sei mesi (tenendo conto di tutti i criteri/fattori di orientamento nella valutazione della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'agente, eccezion fatta per la crudeltà), il giudice procederà poi, in forza della integrata aggravante, ad aumentarla fino ad un terzo. Prevedendo l'art. 61 n. 4 c.p. una variazione di pena *elastica* e non fissa, l'elemento circostanziale finisce con il rimette nuovamente⁹¹ alla valutazione del giudice il suo effettivo grado/intensità di manifestazione e di capacità incisiva sul disvalore complessivo del fatto. Ebbene, occorre tuttavia effettuare due precisazioni con cui le suddette argomentazioni devono fare i conti e che potrebbero, almeno in apparenza, inficiare l'impostazione teorica in esame. La prima attiene alla prassi giurisprudenziale e all'applicazione dell'art. 63.1 c.p. Che il disposto di questa regola generale debba essere inteso quale passaggio obbligatorio e vincolante del concreto processo di quantificazione giudiziale della pena, è stato riconosciuto e ribadito dalla stessa giurisprudenza della suprema corte di Cassazione. Nell'insieme risulta, perciò, ampiamente assodato che il giudice abbia un vero e proprio obbligo di rispettare l'ordine dettato da tale disposizione e, quindi, di dare conto, in sede di motivazione, della specifica variazione di pena conseguente ad ogni singola circostanza concretamente accertata⁹². Dall'altro è di fatto altrettanto noto lo scarso peso che tale *iter* ha assunto – ed assume – nell'ambito della quotidiana prassi giurisprudenziale: in linea di massima, infatti, gli aumenti o le diminuzioni di pena sono applicati sempre nella loro

⁹⁰ Ed in suddetto errore spesso cade ancora oggi la prassi giurisprudenziale.

⁹¹ Dal momento che il primo momento valutativo discrezionale del giudice si era avuto nella commisurazione della pena in senso stretto e, quindi, nella concreta definizione dell'ammontare della pena-base.

⁹² Estremamente perspicue, sul punto, risultano i seguenti provvedimenti: Cass. pen., 28 aprile 1987, Cardile, in *Riv. pen.*, 1988, 197; Cass. pen., 28 marzo 1980, Lotrecchio, in *Giust. pen.*, 1981, III, 505; Cass. pen., 2 febbraio 1978, Di Palma, in *Giust. pen.*, 1979, III, 199. Sulla questione vedi altresì la precisa massima di Trib. Sup. mil., 14 ottobre 1975, Di Palma, integralmente citata da S. Larizza, *La modificazione e applicazione della pena*, in *Giur. sist. dir. pen.*, 1996, 73, secondo il quale: «Il giudice, per pervenire alla pena da applicare in relazione ad un reato circostanziato, deve per prima cosa stabilire la pena che, sulla scorta degli elementi indicati nell'art. 133 c.p., applicherebbe al colpevole qualora non ricorresse alcuna circostanza aggravante o attenuante (pena base): solo dopo aver compiuto tale operazione egli determina, entro i limiti consentiti dalla legge, la misura dell'aumento o della diminuzione da apportare alla pena base per effetto di alcuna delle circostanze predette».

complessiva ampiezza (senza differenza alcuna fra effetti frazionari, fissi, od elastici) e, in sede di motivazione, tali passaggi del processo di commisurazione sono pressoché sempre illustrati mediante il costante ricorso a quelle «formule pigre»⁹³ che, attraverso il consueto, generico richiamo a non meglio definite considerazioni dell'art. 133 c.p., lasciano interamente nel vago gli stessi termini di estrinsecazione di tale pur significativo margine di discrezionalità giudiziale⁹⁴. L'adeguamento della pena nella sua concretezza costituirebbe, dunque, più il risultato di una "folgorazione intuitiva" che di un processo logico di natura analitica⁹⁵. Quale il senso, pertanto, di richiamare e ancorare l'analisi dell'istituto delle circostanze su di una disciplina ed un processo commisurativo nei fatti non seguito? Quale il suo valore ed il suo ruolo? Ulteriori motivi di perplessità nei confronti della collocazione della disciplina delle circostanze del reato nel processo di commisurazione della pena ed in particolare sotto il profilo della realizzazione di una piena corrispondenza con l'*iter* di determinazione giudiziale di questa, potrebbero a ben vedere essere mossi ove si consideri l'esistenza di circostanze a variazione di pena *indipendente* o *autonoma*. Appare, infatti, evidente come le argomentazioni a sostegno della tesi fin qui sviluppata siano tutte incentrate sulla disciplina dettata dall'art. 63.1 c.p. e, pertanto, forgiate sul modello (classico) di circostanze a variazione di pena proporzionale. Cogliere nell'art. 63.1 c.p. un'immediata conferma dello stretto collegamento fra la disciplina delle circostanze ed il concreto processo di commisurazione giudiziale, se in linea teorica può apparire del tutto plausibile – dal momento che con tale disposizione il legislatore avrebbe inteso prestabilire un particolare criterio di calcolo della pena applicabile nei casi di reato circostanziato – questo però non legittima tutto ciò come una esplicita ed univoca dimostrazione del tradizionale inquadramento del fenomeno circostanziale in una logica di vera e propria individualizzazione della pena. Ebbene, le circostanze *indipendenti* o *autonome* fuoriescono da tale logica rompendo lo stretto legame con il processo commisurativo descritto dall'art. 63.1 c.p. Il giudice, infatti, ove si trovi di fronte ad una circostanza ad efficacia indipendente o autonoma è chiamato ad una unica operazione valutativa e graduatoria. Questi deve, infatti, procedere ad individuare la pena all'interno della nuova cornice editale determinata dall'operare

⁹³ La fortunata espressione risale, come noto, a G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, 214.

⁹⁴ Su questi papetti pratico-applicativi degli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza in materia di trattamento sanzionatorio del reato circostanziato vedi principalmente E. Dolcini, voce *Potere discrezionale*, cit., 765 ss.; S. Larizza, *La modificazione*, cit., 73 ss.; P. A. Sirena, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, cit., 390 ss. Sull'incompatibilità di tali indirizzi con lo stesso rispetto dell'obbligo di motivazione vedi per tutti, pur con qualche difficoltà di opinione circa i presupposti di ammissibilità ed individuazione di motivazioni c.d. implicite, F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 109 ss., e E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit. 59 ss.

⁹⁵ A questo riguardo vedi in particolare S. Larizza, *La modificazione*, cit. 58, ove fra l'altro si precisa ulteriormente come anche l'opposta tendenza a riconoscere l'esigenza di una adeguata motivazione delle scelte in ordine alla misura della pena si riduca, nella sostanza, ad essere più mera enunciazione di principio che sicuro criterio di determinazione. Sugli stessi aspetti vedi, inoltre, Romano, in M. Romano, *Commentario*, II, sub art. 132, n. 11, cit., nonché gli scritti citati alla nota precedente.

dell'elemento circostanziante. Basti porre mente, ad esempio, ad una violenza sessuale posta in essere da un bruto nei confronti di una persona tredicenne. In questo caso troverà applicazione il combinato disposto di cui all'art. 609 *bis* (violenza sessuale-semplificata) e l'art. 609 *ter.1* n. 1 (aggravante *indipendente* dell'aver commesso il fatto nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici) il quale prevede una pena della reclusione da sei a dodici anni. Per l'operare della circostanza speciale indipendente il giudice si troverà, dunque, a dover commisurare la pena all'interno della diversa forbice edittale attraverso un procedimento commisurativo in tutto e per tutto identico a quello previsto per la commisurazione infraedittale con l'unica avvertenza di non dover tenere in considerazione, nel determinare l'ammontare di pena da irrogare, l'elemento circostanziante, dal momento che questo ha prodotto già il proprio effetto (questo sì tutto astratto) di ridefinizione dei margini edittali. Alcune riflessioni conclusive si impongono in relazione alle sopra enunciate perplessità in ordine all'inquadramento dell'istituto delle circostanze nel processo di commisurazione della pena. Quanto alla rilevata prassi giurisprudenziale che si pone in netto contrasto con il dato normativo e più precisamente con l'*iter* commisurativo positivizzato *ex art.* 63.1 c.p., occorre interrogarsi su come deve essere questa interpretata. Si tratta di un illegittimo aggiramento della reale funzione delle circostanze (e, quindi, di una prassi giudiziaria che, per quanto consolidata, al pari dell'impostazione teorica che più ha cercato di razionalizzarne gli esiti, ha tuttavia il «torto di contraddire il chiaro disposto di cui all'art. 63.1 c.p.»⁹⁶? Od è, invece, il riflesso, come è stato diversamente sostenuto, della rilevanza soprattutto edittale degli effetti circostanziali (e, quindi, della conseguente necessità del giudice, non di seguire un particolare processo di commisurazione concreta della pena, ma solo di «dare dimostrazione di essersi conformato alla valutazione legale del reato, e cioè di aver aumentato o diminuito la pena che avrebbe inflitto se dalla situazione significativa che è a fondamento della circostanza non fosse dipesa la diversa valutazione legale del fatto»⁹⁷? In altri termini: si tratta di una errata (o comunque di una mancata) valorizzazione delle potenzialità sottese al peculiare regime previsto dal sistema legislativo? Od è, invece, la conferma implicita, se non di una diversa *ratio* funzionale dell'istituto, quanto meno di una disciplina rivelatasi di fatto inadeguata a denotare un effettivo rilievo delle circostanze, sul piano delle concrete modalità di individualizzazione giudiziale della pena?

Ebbene, nonostante i rilievi evidenziati dalla prassi giurisprudenziale riteniamo che la deviazione di questa dal dato positivo e dal processo legislativamente predisposto ne faccia inequivocabilmente meritare la condanna. Pertanto, la necessità e il valore della nuova teoretica in ordine alla collocazione della disciplina delle circostanze del reato nella commisurazione della pena non può essere messa in discussione da una «malsana» prassi applicativa che, anzi, necessiterebbe di essere corretta e

⁹⁶ Riprendiamo qui l'osservazione critica che, come già precisato, Tullio Padovani (in T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 207), ha mosso alla più specifica tesi di Alfonso Stile.

⁹⁷ A.M. Stile, *Il giudizio*, cit., 95.

riportata al pieno rispetto del dettato codicistico. Quanto poi alle perplessità evidenziate dal diverso regime commisurativo proprio degli elementi circostanzianti indipendenti od autonomi, occorre ribadire⁹⁸ come questi rappresentino una vera e propria “deroga al concetto di circostanze”. Con la previsione di pene autonomamente determinate il legislatore esprime, infatti, esigenze del tutto analoghe a quelle espresse con la previsione di determinate pene per determinati reati. Il legislatore così normando ha cioè di fronte (ancor più evidente risultava prima della riforma del '74) la chiara visione di una figura autonoma tipicizzata a cui viene accordata (come è logico che sia) una nuova e diversa cornice edittale. Ciò considerato, riteniamo che le peculiarità manifestate da tali tipologie classificatorie di circostanze pongano gli istituti in esame ai margini della categoria delle circostanze del reato. E ciò a maggior ragione proprio dopo l'epocale riforma del 1974 che ha inoculato un germe di incoerenza sistematica che, proprio secondo il pensiero dello stesso promulgatore, avrebbe dovuto essere meramente provvisorio e momentaneo in attesa di un urgentissimo intervento ridefinitivo di quelle cornice edittali ormai vetuste. Ma così, e questa è storia, non è stato. Ciò che era nato per far fronte ad esigenze contingenti, è divenuto strutturale e sistemico attuando una irrimediabile alterazione degli equilibri interni alla categoria e dando vita ad un « diritto libero » rimesso a scelte individuali del giudice con inevitabili riflessi in ordine alla deriva della certezza della pena⁹⁹.

In terzo ed ultimo luogo, riteniamo che un apprezzamento ed uno studio della categoria delle circostanze del reato nel momento commisurativo permetta di valorizzare la contrapposizione funzionale e di effetti fra le circostanze *proprie* e quelle *improprie*. La ricerca di un chiaro ed univoco *discrimen* (operazione tutt'altro che agevole stante l'esistenza nel nostro ordinamento delle circostanze c.d. indefinite) tra i due istituti è una operazione quanto mai necessaria proprio per i riflessi che questa ha in tema di funzione dell'istituto e di modulazione del potere discrezionale del giudice. Un approccio classificatorio che ne ravvisa la collocazione organica fra le forme di manifestazione del reato non permette, infatti, una adeguata valorizzazione del profilo *de qua*, che, viceversa, emerge in tutta la sua dirimpente centralità proprio nel procedimento commisurativo e nell'*iter* logico-graduatorio a cui il giudice è chiamato nella tensione fra legalismo e discrezionalità.

Quali i rischi e gli inconvenienti all'impostazione teorica fin qui sostenuta?

Al di là delle perplessità manifestate dalla sussistenza nel nostro ordinamento di circostanze a variazione di pena indipendente o autonoma, è indubbio che con la tesi in esame venga messo in secondo piano da un lato il ruolo del legislatore e il suo necessario contributo nella predeterminazione di ciò che è circostanza propria e ciò che, invece, non lo è; dall'altro non sufficiente attenzione e riflessione viene posta sull'apporto valoriale/disvaloriale attuato dall'elemento circostanziente, che non

⁹⁸ Vedi per i rilievi sul punto il paragrafo 2.1.2.1 del presente capitolo ed i paragrafi 7.1 e 6. rispettivamente del secondo e del quarto capitolo e in dottrina per tutti G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, cit., 6.

⁹⁹ Cfr. in tal senso fra tutti le preoccupazioni dell'illustre Maestro G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, cit., 3.

esaurisce, pertanto, i propri effetti sul mero piano numerico-quantitativo, ma ed ancor prima contribuisce a ridefinire sul piano valoriale il fatto di reato.

2.1.3 La problematica distinzione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato

Gli studi *unisettoriali* a vocazione *strutturale* hanno, inoltre, per primi avvertito l'esigenza di elaborare i criteri discretivi di quella che è ormai chiaro essere diventata «una costante del pensiero giuridico penale»¹⁰⁰: reato autonomo o circostanza?

La stessa questione problematica, pregiudiziale ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, è stata al centro della elaborazione giurisprudenziale. Sul punto sono, infatti, intervenute anche le Sezioni Unite della Cassazione¹⁰¹, con una “storica” e “pregevole” sentenza del 2002 avente ad oggetto la fattispecie di truffa aggravata di cui all'art. 640 *bis* c.p. (c.d. sentenza Fedi). Provvedimento questo ricco di riferimenti giurisprudenziali e dottrinali in cui, con un approccio *generalizzante*, sono stati selezionati, fra i tanti proposti in dottrina e giurisprudenza, alcuni criteri di distinzione con l'aspirazione di fornire indicazioni valide anche al di fuori del caso specifico oggetto del procedimento¹⁰².

Ciò premesso, nei prossimi paragrafi intendiamo, dunque, proporre una sintetica e ragionata riflessione sui criteri distintivi proposti dalla dottrina ed accolti dalla giurisprudenza.

Occorre tuttavia chiarire, prima di tuffarsi nell'analisi dei numerosi criteri *de quibus*, un triplice aspetto “di fondo” alla necessità ed importanza della distinzione. E', infatti, opportuno porre luce: *in primis* sulle *conseguenze in punto di disciplina* che derivano dall'una o dall'altra scelta, in secondo luogo sulle *esigenze sostanziali e funzionali* che stanno dietro a tale distinzione ed, infine, le *ragioni* di fondo che rendono una determinata fattispecie *problematica*.

¹⁰⁰ Cfr. in tal senso F. Bricola, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019.

¹⁰¹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *CED Cass.*, n. 221663.

¹⁰² Si è opportunamente osservato che tale sentenza, pur non avendo centrato appieno l'obiettivo, ha, tuttavia, il merito di aver fornito nuova linfa al dibattito in materia che in dottrina – dopo il prezioso contributo di Guerrini del 1988 (R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988), si era pressoché assopito, arenandosi su singole ipotesi controverse, nella rinuncia alla ricerca di criteri di distinzione di validità generale. Per il “risveglio” dell'attenzione basti considerare il grande numero di note con cui è stata commentata la sentenza Fedi: G. Amato, *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelati*, in *Guida dir.*, 2002, n. 42, 64; G. Ariolli, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 303; R. Borgongo, *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, in *Giur. it.*, 2004, 379; F. Cingari, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in Palazzo F., (a cura di), *La giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione – Diritto penale*, Padova, 2005, 212; A. Fabbro, *Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?* in *Cass. pen.*, 2003, 2322. V., inoltre, D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 679.

Ebbene, quanto al primo profilo se – come ampiamente sopra osservato – dal punto di vista *ontologico* non sussiste alcuna differenza tra circostanze ed elementi costitutivi del reato¹⁰³, dal punto di vista della *disciplina* sia sostanziale che processuale la differenza c'è ed è notevolissima¹⁰⁴. Sinteticamente, potendosi dire che la riflessione sul punto è pressoché ormai esaurita ed amplissima, a) solo le circostanze proprie sono soggette al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.¹⁰⁵; b) il regime di imputazione soggettiva delle circostanze¹⁰⁶ è diverso da quello degli elementi costitutivi¹⁰⁷; c) almeno secondo l'opinione prevalente, le circostanze, a differenza degli elementi costitutivi, non incidono sul *tempus* e sul *locus commissi delicti*, sicché la qualificazione di un elemento come circostanziale anziché come costitutivo ha inevitabili ricadute, quanto al “*tempus*”, sulla individuazione del momento consumativo del reato (e, quindi, del *dies a quo* nella prescrizione ex art. 158 c.p. e della legge applicabile in caso di successione di leggi penali nel tempo) e sulla configurabilità del tentativo (perlomeno qualora si escluda la configurabilità di un tentativo di delitto circostanziato), nonché, quanto al “*locus*”, sulla applicabilità della legge italiana ex art. 6 c.p. e sulla determinazione del giudice competente per territorio ex art. 8 c.p.p.; d) le circostanze soggiacciono ad un regime di contestazione all'imputato diverso da quello degli elementi costitutivi (vedi artt. 516-518 c.p.p.); e) in tema di concorso di

¹⁰³ Uno stesso elemento può, in teoria, essere indifferentemente assunto dal legislatore quale circostanza in senso proprio, ovvero quale elemento costitutivo di un autonomo reato, come univocamente risulta dallo stesso disposto letterale degli artt. 61 c.p. (“aggravato il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali ...”), 62 c.p. (“attenuato il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali ...”) e 84 c.p. (“la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti ...”). Non esiste, in effetti, alcuna differenza *ontologica* fra circostanze ed elementi costitutivi del reato, una differenza, cioè, intrinseca, che pre-esista alla scelta, in un senso o nell'altro, di volta in volta operata dal legislatore. In tal senso M. Romano., in *Comm. sist.*, I, pre-art. 59 c.p., cit., 634; A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 563; D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, cit., 679; Cass., Sez. un., 26.06.2002, Fedi, cit. Basti l'esempio, autorevolmente evidenziato in dottrina, di due ipotesi speciali di omicidio doloso (art. 575 c.p.), la prima – l'omicidio del proprio discendente, prevista dall'art. 576, n. 2, c.p. – pacificamente ricondotta alla disciplina delle circostanze aggravanti; e la seconda – l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (art. 578 c.p.) – altrettanto pacificamente ritenuta titolo autonomo di reato, a mostrare che il rapporto di specialità è, in definitiva, «condizione necessaria, ma non sufficiente per individuare una circostanza del reato». V., fra tutti, T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 193; Id., *Diritto penale*, cit., 247.

¹⁰⁴ Vedi in tal senso, in particolare, R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 12; L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.*, 1974, 360; A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 799; G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, cit., 7; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui «criteri di distinzione»*, in Brunelli (a cura di), *Studi in onore di Coppi*, Torino, 2011, 11 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 462.

¹⁰⁵ Estesio, come più volte osservato, con la riforma del 1974, anche alle circostanze c.d. autonome e indipendenti ed alle circostanze inerenti alla persona del colpevole: cfr. art. 69.1 c.p.

¹⁰⁶ Tendenziale necessità almeno della colpa se si tratta di aggravanti; tendenziale sufficienza della loro oggettiva presenza se si tratta di attenuanti: cfr. infra, rispettivamente artt. 66 e 85 c.p.

¹⁰⁷ Per i quali è necessario il dolo, salva espressa previsione della colpa, ai sensi dell'art. 42.2 c.p.

persone nel reato, mentre l'art. 118 c.p. si occupa delle sole circostanze, gli artt. 116 e 117 concernono i soli elementi costitutivi del reato; f) infine, la risoluzione del dubbio circa la qualificazione di un elemento come costitutivo ovvero come circostanziale (almeno quando si tratta di circostanze di un determinato tipo) comporta, altresì, esiti differenti ai fini del computo del tempo necessario alla prescrizione del reato ai sensi dell'art. 157.2 c.p., ai fini della determinazione della competenza processuale basata sulla misura della pena ai sensi dell'art. 4 c.p.p., nonché ai fini dell'applicazione delle misure cautelari ai sensi dell'art. 278 c.p.p e dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto ai sensi dell'art. 379 c.p.p.

Tutti i profili fin qui sinteticamente ripercorsi evidenziano chiaramente l'importanza di individuare dei criteri i più univoci e chiari possibile per determinare la natura del singolo elemento di fattispecie. Pur tuttavia, la nostra indagine si focalizzerà su di un ulteriore profilo che, sebbene trascurato nella elaborazione dottrinale¹⁰⁸, risulta essere di centrale rilievo per la comprensione della distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi.

La distinzione ha, infatti, particolare importanza - oltre che per i profili *de quibus* - anche in una prospettiva «costituzionale», se si condivide l'opinione secondo cui la riserva di legge in materia penale, fissata dall'art. 25.2 della Costituzione, si atteggi in maniera diversa, cioè come riserva assoluta o come riserva *relativa*, secondo che oggetto della disciplina legislativa siano gli elementi costitutivi oppure le circostanze ed in genere le vicende modificative della punibilità¹⁰⁹. Seguendo questa impostazione deve riconoscersi la illegittimità costituzionale di tutte quelle disposizioni che, prevedendo elementi specializzanti con funzione costitutiva, rimettono al giudice il potere discrezionale di cogliere i dati di fatto rilevanti come tali. Di contro, deve ammettersi la legittimità delle disposizioni che prevedano circostanze *indefinite*, cioè descritte con formule legislative che non determinano l'oggetto della valutazione, il quale pertanto non è tipizzato ma deve essere colto di volta in volta dal giudice, enunciandolo dalle innumerevoli e mutevoli particolarità del fatto concreto. Appartengono a tale categoria, oltre alle attenuanti generiche, le aggravanti c.d. indefinite, che la legge solitamente descrive facendo riferimento alla gravità o alla particolare gravità del fatto o della violazione, essendo stata fondatamente contestata l'opinione che, ravvisando nella pena applicabile in virtù di tali circostanze il limite superiore di pena editale complessa, esclude conseguentemente la natura circostanziale delle c.d. aggravanti indefinite¹¹⁰. Ciò posto, dunque, qualificare un elemento di fattispecie

¹⁰⁸ A dire il vero un cenno in tal senso è stato mosso per primo dal Concas in uno scritto del 1974. L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 362 s.

¹⁰⁹ Cfr. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 262 ss; M. Gallo, *Appunti di diritto penale - La legge penale*, cit., 63.

¹¹⁰ Per maggiori e più diffuse riflessioni anche critiche sul punto si rinvia al capitolo terzo. Per questa tesi vedi fra tutti C. Pedrazzi, *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 200 ss. Lo stesso Pedrazzi, riconosce, peraltro, che quando la pena minacciata per i casi più gravi sia della stessa specie rispetto a quella prevista per gli altri casi, la tesi da lui sostenuta non è accettabile, non essendo concepibile due diverse comminatorie della stessa specie di pena se non sul presupposto di due ipotesi criminose

descritto in maniera indefinita come circostanza o come elemento costitutivo non sarebbe cosa di poco conto. Nell'un caso, infatti, risulterebbe costituzionalmente legittimo, nell'altro sarebbe, invece, inequivocabilmente affetto da illegittimità costituzionale.

Ciò considerato occorre ora interrogarsi su di un ulteriore aspetto scarsamente, al contrario del precedente, riflettuto ed indagato in dottrina. Quali sono le *esigenze* sottese alla considerazione di un elemento come circostanziale o come costitutivo di una autonoma fattispecie di reato?

La problematica messa sul tappeto deve essere ulteriormente analizzata sotto due differenti prospettive: la prima concerne l'analisi delle ragioni di fondo alla *scelta legislativa*, la seconda attiene, invece, all'investigazione delle esigenze sottese alla *qualificazione giudiziaria* della fattispecie dubbia. Ebbene, le due prospettive muovono da presupposti del tutto differenti. L'analisi della scelta legislativa presuppone, infatti, la chiarezza ed univocità nella determinazione dell'elemento come circostanziale o costitutivo. La riflessione sulle ragioni della qualificazione giudiziaria non può, viceversa, che muovere da una incertezza-problematicità nel riconoscimento della natura dell'elemento.

Procedendo dunque con ordine, accertato che nel nostro ordinamento penale gli elementi specializzanti vengono utilizzati, combinandoli con lo schema di un reato, talvolta per costruire un reato autonomo e tal'altra, invece, per formare un reato circostanziato; accertato, inoltre, che nessun criterio ontologico né effettuale consente di distinguere, sul piano delle fattispecie astratte, gli elementi specializzanti con funzione costitutiva dalle circostanze; è opportuno domandarsi quali siano le ragioni che ispirano nei singoli casi la scelta legislativa in un senso o nell'altro.

Ebbene ancora una volta la riflessione non può non tenere conto dell'evoluzione novellistica che ha interessato l'istituto. Anteriormente alla riforma dei criteri di imputazione delle circostanze proprie, la scelta di configurare un determinato elemento come circostanza o come costitutivo in funzione specializzante era da ravvisarsi in una esigenza di *prevenzione generale in funzione di un maggiore rigore punitivo*. In tal senso appaiono univoche, infatti, le parole del Guardasigilli nella relazione al nuovo codice penale: «La deroga al principio della volontarietà in materia di circostanze aggravanti, se fosse teoricamente ammissibile, sarebbe sufficientemente giustificata dalla esigenza di *una efficace repressione*»¹¹¹. La disciplina dell'elemento soggettivo delle circostanze rappresentava, pertanto, il perno su cui ruotava l'intera valutazione di opportunità. Se, inoltre, si considera che nel codice Rocco le circostanze autonome ed indipendenti erano sottratte al giudizio di comparazione; che tale soluzione da tempo censurata per la mancanza di fondamento logico¹¹², venne adottata,

distinte, anche se legate dal peculiare rapporto che esiste tra la figura base e l'ipotesi circostanziata. Con questa ammissione, peraltro, viene messa in dubbio la validità di tutta la tesi, non essendo il mutamento della specie di pena argomento sufficiente per escludere che negli altri casi sia configurabile un reato circostanziale. Anche la giurisprudenza, dopo vari tentennamenti appare orientata a favore della soluzione accolta nel testo, dopo la decisione della Cass., Sez. un., 30 maggio 1959.

¹¹¹ Vedi *Lavori preparatori*, vol. VII, 53.

¹¹² Cfr., fra tutti, F. Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, 224.

per la loro presunta gravità e natura specialissima¹¹³, ma soprattutto per contenere il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena in concreto e per evitare il presunto inconveniente di giungere talvolta a diminuzioni di pena ritenute in qualche caso addirittura irrazionali¹¹⁴; si ha una conferma della ragione *politico-legislativa* che ha orientato i compilatori del codice nelle loro scelte: ovviamente nel senso di assegnare all'elemento *aggiuntivo* natura di circostanza piuttosto che di elemento costitutivo. Orbene, le note riforme degli anni '70 e '90 – ampliando a dismisura il potere discrezionale del giudice in tema di circostanze del reato - hanno profondamente inciso sulle ragioni sottese alla scelta legislativa. Oggi l'attribuzione ad un elemento di una rilevanza costitutiva oppure circostanziale appare, infatti, doversi spiegare in base alle ideologie dominanti, alla esperienza generale ed ai risultati pratici di particolari esperienze, frutto, tuttavia, più del caso che di una scelta motivata¹¹⁵. In buona sostanza saranno valutazioni peculiari di volta in volta effettuate dal legislatore in relazione alla singola struttura (con particolare riferimento ai seguenti termini: variazione di pena fissa od elastica; blindatura o meno del giudizio di valenza) dell'elemento in esame e alla necessità/urgenza politica sottesa.

Quanto, invece, al profilo delle *esigenze giurisdizionali* di fondo alla qualificazione della fattispecie dubbia, occorre osservare quanto segue, avendo cura, ancora una volta, di modulare l'analisi alla luce delle evoluzioni normative. Si può dire, in via generale e di prima approssimazione, che la scelta del giudice a favore della natura circostanziata si ispira essenzialmente ad *esigenze equitative* ed *attenuanti* il trattamento sanzionatorio e che, invece, la qualificazione come elemento costitutivo di una autonoma fattispecie incriminatrice tende a soddisfare soprattutto *esigenze afflittivo-preventive*. Più precisamente, nel caso di elementi che innestano nella fattispecie aspetti valoriali accordando un trattamento più mite, la tendenza giudiziaria a ricondurli a circostanze proprie comporta un "complessivo trattamento di favore", sia perché la circostanza attenuante è imputata oggettivamente, sia perché nel momento in cui viene applicata produce sicuramente un effetto attenuante, in quanto, se sola, dà luogo ad una diminuzione della pena, mentre se concorre con altre circostanze aggravanti, essa non solo può portare ad un annullamento dell'effetto aggra-

¹¹³ Questa giustificazione venne prospettata, durante i Lavori preparatori, dal Massari, (v. atti della Commissione Ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, in *Lavori preparatori*, vol. VI, parte II, 241).

¹¹⁴ Vedi Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice penale, in *Lavori preparatori*, vol. V, parte I, 125., nella quale, contro le obiezioni mosse da taluno che proponeva di estendere il giudizio di comparazione alle circostanze autonome, la soluzione accolta viene così giustificata: «Non credo, invero, che la compensabilità possa riferirsi, per essere logica ed equa, a quantità eterogenee, le quali sfuggono aritmeticamente alla possibilità di un ragguaglio: e ciò costituisce una ragione perentoria per togliere al giudice la potestà di una comparazione... Il sistema proposto condurrebbe a conferire al giudice un potere discrezionale nell'applicazione della pena in concreto, troppo ampio e incontrollabile; e produrrebbe l'inconveniente pratico di diminuzioni di pena in qualche caso addirittura irrazionali».

¹¹⁵ In tal senso le lungimiranti osservazioni di Malinverni. A. Malinverni, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in *La scuola positiva*, 1962, 197.

vante ma può addirittura risultare prevalente e, quindi, determinare una diminuzione di pena. Al contrario, la propensione a qualificare tali elementi di fattispecie come costitutivi tende a soddisfare esigenze preventive e questo perché, anzitutto, essendo il criterio di imputazione soggettiva necessariamente colpevole, l'ambito di applicazione della fattispecie risulta essere molto più ristretto. Inoltre, vero che, se non sussistono circostanze aggravanti, la pena sarà inevitabilmente diminuita, ma anche vero che, se sussistono una o più aggravanti, l'effetto attenuante sarà sicuramente posto nel nulla. Analoga situazione si ha anche nel caso di elementi normativi che prevedono un trattamento sanzionatorio più grave. La tendenza a ricondurli a circostanze proprie è, infatti, ispirata ad esigenze equitative e temperanti l'eccessivo rigore, sia sotto il profilo dell'imputazione soggettiva, che è personale, sia per ciò che riguarda il trattamento sanzionatorio, potendo trovare applicazione il giudizio di bilanciamento. Al contrario, la tendenza a ricondurli ad elementi costitutivi è senza dubbio ispirata ad esigenze preventive, visto che tali elementi sono sottratti al giudizio di cui all'art. 69 c.p. In realtà seppur le suddette considerazioni appaiono tutt'oggi in linea di massima condivisibili, l'analisi non sarebbe completa ove non si mettessero in evidenza due profili centrali e parzialmente in contraddizione con le premesse *de quibus*. Innanzi tutto, di fondo alla concezione che si fonda sulle seguenti equazioni: qualificazione giudiziaria dell'elemento come circostanziale = esigenze equitative ed attenuanti = trattamento sanzionatorio di favore; qualificazione giudiziaria dell'elemento come costitutivo di una autonoma fattispecie di reato = esigenze afflittivo-preventive = trattamento sanzionatorio più rigoroso, si annida l'idea – affacciata alla metà degli anni '40, corroborata con la riforma del '74 ed entrata in crisi con il nuovo millennio in particolare con i c.d. pacchetti sicurezza varati nel 2008 e nel 2009 - che la discrezionalità giudiziaria venga utilizzata dall'interprete in senso "benevolo" ed "equitativo-attenuatore" nei confronti del reo. L'asprezza codicistica delle cornici edittali del Rocco, divenuta "inaccettabile" nel nuovo "scenario costituzionale", aveva condotto – stante l'incapacità della classe politica di procedere ad una ricodificazione – il legislatore verso l'introduzione di istituti che hanno affidato alla discrezionalità giudiziaria il compito di rideterminare nel singolo caso concreto (in senso equitativo e benevolo) le cornici edittali. Il potere giudiziario veniva, dunque, così onerato, a fronte della ineffettività della classe dirigente, di un ruolo di *supplenza politica* che finiva, tuttavia, per alterarne radicalmente la funzione e mutare gli equilibri sistemici specie in relazione al dogma penalistico della legalità. Il tutto dietro il "velo" della ritenuta non centralità ed accessorietà logico-sistemica (e non in senso tecnico) dell'istituto delle circostanze del reato. Un ruolo determinante in tal senso è stato così giocato dall'istituto delle attenuanti generiche e dall'estensione a tutte le tipologie di circostanze del giudizio di bilanciamento. A partire, tuttavia, dall'esplosione dell'esigenza securitaria nei primi anni del XXI secolo, sulla scia dei drammatici attacchi terroristici dell'11 settembre, anche nel nostro paese si è andati incontro ad una (ri)espansione del senso e della necessità di un maggiore rigore san-

zionatorio e di risposte più adeguate e severe specie in relazione a determinati reati e tipi di autore¹¹⁶. Tale onda emotivo-emergenziale, muovendo da istanze politico-populiste si è, tuttavia, rapidamente tradotta in norme e fattispecie che ne rispecchiavano le esigenze. Per quanto attiene al sistema delle circostanze del reato sono queste state oggetto di una serie di novelle che hanno seguito quattro direttive fondamentali: a) drastico incremento numerico; b) ampio ricorso alla tipologia di circostanze con variazione di pena indipendente ed autonoma con forte asimmetria rispetto alla cornice-base¹¹⁷; c) incremento della previsione di variazioni di pena proporzionale *fissa* o comunque con una forbice che vede il suo termine minimo superiore alla singola unità di pena¹¹⁸ e delle circostanze ad effetto speciale; d) introduzione di due diversi meccanismi di incisione sul giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee. Da un lato si è, infatti, incrementato il ricorso a circostanze con struttura blindata o privilegiata che le sottrae al giudizio di valenza, assicurandone così l'applicazione. Dall'altro lato si è, poi, predisposta una *blindatura del giudizio di bilanciamento*, foriera di un effetto conformante con "ricaduta" su tutti gli elementi in concorso e non quindi, come nel caso di blindatura semplice, con un effetto "autoreferenziale" al singolo elemento circostanziale¹¹⁹. Ebbene, è d'uopo osservare che la logica securitaria tradottasi da propaganda politica in disposizione normativa è divenuta anche strumento ideologico-decisionale giudiziario. Più precisamente, si è realizzata in irrogazione di pene severe, in cui è possibile leggere un atteggiamento moralmente fondato, espressione di un sentire diffuso e di uno schema retributivo-moralistico¹²⁰. E' innegabile, infatti, che il giudice risenta delle istanze securitarie-sostanziali che pervadono sempre di più da un lato il tessuto sociale (di cui l'interprete stesso è parte) e dall'altro l'ordinamento normativo penale¹²¹. Conse-

¹¹⁶ Emblematica in tal senso è la riforma attuata dalla legge n. 251 del 2005.

¹¹⁷ Come noto, infatti, le circostanze indipendenti permettono di ridisegnare il compasso edittale anche con una sensibile difformità e distanza, specie nel termine massimo, rispetto alla cornice base.

¹¹⁸ In questa maniera si annulla o quantomeno contiene indirizzandola il più possibile la discrezionalità del giudice, "assicurando" una variazione minima comunque significativa. La discrezionalità giudiziaria che potrebbe, assestandosi sui minimi unitari, vanificare in concreto e nei fatti (non sul solo piano astratto che la variazione vi è sempre) l'effetto di incisione sul *quantum* di pena proprio dell'elemento circostanziale.

¹¹⁹ Per la diffusa analisi del suddetto inquadramento si rinvia alle osservazioni sviluppate nel capitolo quarto.

¹²⁰ Cfr. in tal senso le riflessioni sviluppate da Pulitanò nella relazione dallo stesso tenuta in occasione del I Convegno Nazionale della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Firenze 16-17 novembre 2012, sul tema: "Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive ed alternative" i cui atti sono stati pubblicati sulla Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 3 anno 2013. Per il riferimento bibliografico esatto D. Pulitanò, *Intervento (I Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale - Il Diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative - Tavola rotonda)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1372.

¹²¹ In un momento, si badi bene, come quello storico in cui viviamo dove al giudice è stato attribuito (a partire dalla metà degli anni '70 del secolo scorso) un potere non solo dosimetrico ma anche rifondativo del disvalore di fattispecie e ciò, in particolare, attraverso elasticizzazioni particolarmente ampie ad opera delle circostanze e meccanismi valutativi ad esse riconnesse pressoché liberi. Questa la aporia funzio-

guentemente, specie in determinati “settori” o comunque rispetto a determinati “tipi” di autore, si riscontrano pronunce non più improntate all’«equità-benevola» ma al «rigore preventivo», il tutto – e questo è il punto in paradossale contraddizione con le osservazioni sviluppate in premessa – attraverso la qualificazione dell’elemento di fattispecie come circostanziante.

Un esempio può gettare luce sulla osservazione appena sviluppata. Propendere per la considerazione di un elemento di fattispecie come circostanziato e non costitutivo-autonomo in presenza, ad esempio, di un recidivo reiterato, specifico ed infraquinquennale - si tratti di elemento sia disvaloriale-aggravante, sia valoriale-attenuante - significherebbe condannare il reo ad un trattamento sanzionatorio sicuramente più severo che nel caso si fosse considerato elemento costitutivo di una autonoma fattispecie di reato. Questo, infatti, se aggravante ed in concorso con elementi eterogenei contribuirà – con ogni probabilità – a produrre l’effetto trainante del bilanciamento proprio dell’art. 69.4 c.p. approdando ad un giudizio di prevalenza. Ove, invece, attenuante, ancorché in concreto prevalente, potrà tutt’al più “sfo-garsi” nell’esito dell’equivalenza. Viceversa, ove considerato costitutivo avrebbe potuto trovare una diversa e più incisiva, sul piano commisurativo, considerazione. In conclusione sul punto, il paradosso appena illustrato finisce col corroborare l’idea che in tema di circostanze sono oggi difficili, se non impossibili, generalizzazioni, stante l’eterogeneità e contraddittorietà degli istituti predisposti. Gli interventi settoriali, indicati *sub* lett. a); b); c) e d), hanno finito, così, con il rendere il sistema delle circostanze del reato affetto da una profonda irrazionalità, dove il rischio legato ad ulteriori interventi specifici e localizzati è quello di comprometterne ancor più il senso. L’unica strada che sembra percorribile appare quella di elaborare una difficile, ma quanto mai necessaria, macro-rifondazione non solo della disciplina delle circostanze del reato ma anche dell’intero sistema sanzionatorio, che abbia una connotazione, per dirla con le parole del Maestro, di tipo culturale¹²².

Ciò premesso e sempre in via preliminare occorre, in terzo ed ultimo luogo, chiarire che il problema di individuazione dei criteri discretivi fra elemento circostanziante ed elemento costitutivo essenziale di una autonoma fattispecie di reato presuppone una equivoca formulazione da parte del legislatore della fattispecie. Una certa fattispecie diviene, infatti, problematica anzitutto allorché il legislatore non è stato in grado di fornire chiare indicazioni, spesso a causa dell’utilizzo di termini equivoci oppure di una formulazione anfibola, circa la natura della fattispecie¹²³.

nale attuata in particolare dalla riforma del ‘74, che vede nel giudice il capro espiatorio dell’ineffettività della risposta sanzionatoria e della crisi della pena.

¹²² Cfr. in tal senso Palazzo, nelle sue osservazioni sviluppate in occasione del I Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Firenze 16-17 novembre 2012. F. Palazzo, *Apertura dei lavori (I Convegno dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale – Il Diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative – Tavola rotonda)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1059.

¹²³ Inoltre, come risulta anche dalle sentenze pronunciate dai giudici dei gradi inferiori e riportate nella motivazione della sentenza in commento, i dubbi sulla natura di una fattispecie nascono specialmente quando v’è un concorso eterogeneo di circostanze e, quindi, risulta possibile l’applicazione del giudizio

2.1.3.1 “Ricadute pratiche” dell’approccio definitorio normativo-funzionale. Fughe da ontologismi preconetti e approdi razionali in punto di tecnica normativa

La qualificazione di un elemento come circostanza ovvero come elemento costitutivo del reato è, pertanto, gravida di importanti implicazioni pratiche¹²⁴. Ciò non-dimeno il nostro legislatore, che pure dedica un numero significativo di articoli all’istituto delle circostanze e prevede un profluvio di circostanze, solo di rado si preoccupa di specificare - nel testo (e non meramente nella rubrica) dello stesso articolo di legge che prevede l’elemento dubbio, o di un altro articolo ad esso strettamente connesso - se tale elemento sia circostanza in senso proprio. Quando presente, tuttavia, tale qualificazione espressa dovrebbe essere ritenuta vincolante, anche qualora ciò possa comportare talune incongruenze: si tratterà, infatti, di incongruenze imputabili al legislatore, che l’interprete non può correggere se non a prezzo di calpestare la lettera della legge¹²⁵. Si noti, inoltre, che *de jure condendo* è pressante la richiesta rivolta dalla dottrina al legislatore affinché questi definisca nominativamente le circostanze ogni qual volta si presentino¹²⁶.

Molto più frequenti sono, tuttavia, i casi in cui manca una siffatta qualificazione legislativa espressa. Per risolvere tali casi dubbi non disponiamo, peraltro, nemmeno di criteri generali legislativamente predefiniti¹²⁷, sicché spesso uno stesso elemento è stato qualificato, in tempi o in sedi diverse, ora come circostanza ora come elemento costitutivo di un autonomo reato¹²⁸.

di bilanciamento, il quale, com’è noto, oltre a fondarsi su un ampio potere discrezionale del giudice, produce conseguenze “pratiche” di notevole rilievo. Cfr. per tali osservazioni R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, cit., 304.

¹²⁴ Cfr. in tal senso A. Basile, *La colpa in attività illecita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, 158 e E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice commentato*, cit., 1039.

¹²⁵ Cfr. T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 195; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato, I Profili dogmatici*, cit., 33; L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 378.

¹²⁶ Per tutti G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall’evento»*, cit., 11; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato, I: Profili dogmatici*, cit., 24 e 86. Il legislatore - oltre che in relazione alle circostanze comuni di cui agli artt. 61, 62, 62 *bis* c.p. - ha proceduto ad una siffatta qualificazione espressa in termini circostanziali, tra l’altro, nel testo dei seguenti articoli: art. 640.3 c.p., che qualifica espressamente come “circostanze” le fattispecie previste al precedente comma 1; l’art. 280.5 c.p., che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui ai precedenti commi 2 e 4; l’art. 280 *bis*.5 c.p., che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui ai precedenti commi 3 e 4.

¹²⁷ Rivelano tale difetto, amplificato dalla riforma dell’art. 69 c.p. e da altre riforme successive che hanno coinvolto l’istituto delle circostanze, G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall’evento»*, cit., 10; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato, I Profili dogmatici*, cit., 3.

¹²⁸ In tal senso S. Ardizzone, *I reati aggravati dall’evento. Profili di teoria generale*, cit., 60; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 590. Tra i casi più dibattuti e controversi (circostanza o reato autonomo?) ricordiamo, a mero titolo esemplificativo, le fattispecie di cui agli artt. 319 *ter* c.p. (rispetto ai delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319 c.p.); 378.3 c.p. (rispetto al reato di favoreggiamento personale di cui all’art. 378.1 c.p.); 570.2 c.p. (rispetto al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all’art. 570.1 c.p.); 609 *octies* c.p. (rispetto al reato di violenza sessuale di cui

In questi e negli altri casi dubbi, il compito di individuare gli indispensabili criteri diagnostici dai quali poter desumere, di volta in volta, l'oggettiva volontà della legge circa la qualificazione di un determinato elemento come circostanziale o come costitutivo di un reato autonomo è stato, pertanto, assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹²⁹. Sono stati così elaborati una pluralità di criteri, nessuno dei quali, tuttavia, può dirsi da solo dirimente¹³⁰. La qualificazione di un elemento come circostanziale o costitutivo è, pertanto, piuttosto l'esito dell'applicazione congiunta di più criteri¹³¹, alcuni dei quali particolarmente "forti", altri decisamente più "deboli"¹³².

Ribadito, dunque, che non esistono criteri ontologici di distinzione e dell'opportunità/necessità di una previsione legislativa univoca e che non lasci dubbi e spazi interpretativi, occorre chiarire che a nostro avviso¹³³ il rapporto di specialità fra le fattispecie non costituisce un criterio discrezionale ma il mero presupposto che dà luogo alla questione. Il rapporto di specialità è, dunque, condizione necessaria ma non anche sufficiente a fondare la natura circostanziale e sul piano distintivo è un elemento del tutto «neutro», dal momento che anche un titolo autonomo di reato può risultare speciale rispetto ad un altro reato¹³⁴.

Pur a fronte, dunque, delle importanti conseguenze discendenti dall'una o dall'altra scelta sopra esposta, occorre constatare che non esistono parametri normativi di chiara individuazione della natura costitutiva o circostanziale dei singoli elementi specializzanti, tant'è che non può non assentirsi all'autorevole constatazione per cui in materia «la certezza del diritto non è, di fatto, assicurata»¹³⁵. Né il codice Rocco né, successivamente, il legislatore penale hanno, infatti, formalizzato parametri discretivi tra elementi costitutivi e circostanze del reato, lasciandone ricadere l'onere sull'attività interpretativa, che ha elaborato alcuni criteri, la cui specifica

all'art. 609 *bis* c.p.); 624 *bis* e 626 c.p. (rispetto al reato di furto di cui all'art. 624 c.p.); infine, 640 *bis* c.p. (rispetto al reato di truffa di cui all'art. 640 c.p.).

¹²⁹ Fondamentale, come visto, in tal senso la sentenza Cass., Sez. un., 26.06.2002, Fedi, cit.

¹³⁰ Cfr. in tal senso M. Gallo, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, cit., 566; A. Melchionda, *Circostanze*, cit., 565.

¹³¹ Vedi R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato, I Profili dogmatici*, cit., 79; M. Pelissero, *Art. 640-bis c.p. Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma*, cit., 343.

¹³² Diffusamente sui criteri di distinzione vedi F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, cit., 302 ss.

¹³³ Ma in tal senso sembra propendere anche la stessa giurisprudenza di Cassazione: Cass., Sez. un., Fedi, cit.

¹³⁴ Si pensi all'esempio di due ipotesi speciali di omicidio doloso (art. 575 c.p.), la prima – l'omicidio del proprio discendente, prevista dall'art. 576, n. 2 c.p. – pacificamente ricondotta alla disciplina delle circostanze aggravanti; e la seconda – l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (art. 578 c.p.) – altrettanto pacificamente ritenuta a titolo autonomo di reato, a mostrare che il rapporto di specialità è, in definitiva, condizione necessaria ma non sufficiente per individuare una circostanza del reato. Posta, dunque, la sussistenza di un rapporto da *genus a species* con una norma incriminatrice, rimane aperto il problema della qualificazione giuridica dell'elemento specializzante in termini d'autonomia di reato o, all'opposto, di mera circostanza del reato.

¹³⁵ D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 469.

enunciazione deve essere però preceduta da una premessa metodologica di ordine generale.

Il principio di stretta legalità previsto dall'art. 25.2 Cost. e a livello di legge ordinaria dall'art. 1 c.p., nell'imporre l'espressa previsione normativa delle sole ipotesi di reato, ma non delle ipotesi circostanziali, finisce in realtà per comandare, di riflesso, anche la soddisfazione di diversi coefficienti di certezza ermeneutica nell'indagine sulla qualificazione giuridica dell'elemento specializzante, pretendendo un canone di elevata attendibilità della dimostrazione della sua natura costitutiva, e orientando, per contro, tutte le ipotesi dubbie verso la natura circostanziale. Il dubbio circa la natura costitutiva o circostanziale d'un elemento specializzante si riduce infatti, a ben vedere, a quello sull'esistenza di una norma incriminatrice: e se le disposizioni incriminatrici, nel nostro ordinamento, devono essere – specifica l'art. 1 c.p. – «espressamente» previste, ne consegue che qualsiasi soluzione interpretativa che, per quanto plausibile, non pervenga ad accertare con chiarezza la natura costitutiva dell'elemento specializzante, non soddisfa il coefficiente di stretta legalità e si risolve, necessariamente, nell'affermazione della sua natura meramente circostanziale¹³⁶.

Ciò precisato, è giunto il momento di affrontare l'interrogativo centrale: come è possibile comprendere se siamo in presenza di un elemento costitutivo o di una circostanza propria?

Ebbene, in dottrina e giurisprudenza si sono andati affermando due diversi orientamenti: l'uno a carattere «sostanziale», basato sul mutamento del bene giuridico tutelato e l'altro a carattere «formale», che, invece, si fonda sulle indicazioni offerte dal testo della legge e, quindi, alla fin fine su una tecnica interpretativa di tipo letterale.

In particolare, sulla base dell'impostazione c.d. *sostanziale*, oggi per lo più abbandonata e minoritaria ma fino ai primi anni del XXI secolo centrale specie nelle argomentazioni della giurisprudenza di legittimità, si ritiene che se l'elemento specializzante della cui natura si discute determina un *mutamento del bene giuridico* tutelato, si sarebbe in presenza di un elemento costitutivo e, quindi, di una fattispecie autonoma, mentre se tale elemento lascia immutato il bene giuridico tutelato dalla fattispecie base, si tratterebbe di una fattispecie circostanziata¹³⁷. Così, ad esempio, mentre la fattispecie di cui all'art. 476.2 c.p. (falsità materiale in atto pubblico fidejacent) dovrebbe essere considerata una fattispecie circostanziata, in quanto il carat-

¹³⁶ Specificamente sul punto T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 195; Id, *Diritto penale*, cit., 248; nello stesso senso F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1019 ss.; R. Guerrini, *Le circostanze del reato*, in Insolera G. (a cura di), *Introduzione*, II, cit., 281; G. Cagnetta, *La funzione dell'art. 491 c.p.: un'opzione problematica tra circostanze aggravanti e titolo autonomo di reato*, in *Cass. pen.*, 1980, 1038 ss.; A. Cadoppi, *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223, cpv., n. 1, legge fallimentare*, in *Fall.*, 1981, 1 ss.; L. Concas, *Circostanze del reato*, cit., 380; G. Manca, *Le circostanze del reato*, cit., 10. Per un'impostazione critica M. Gallo, *Appunti*, III, cit., 33 ss.

¹³⁷ Utilizza, tra l'altro, il criterio del mutamento del bene giuridico nel caso in esame Cass. Sez. II, 15 ottobre 1998, *De Vita*, cit., 2457. In dottrina v. G. Aroli, *Ancora sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, cit., 1051. In generale, per una recente rivalutazione del criterio dell'oggettività giuridica v. G. Zazza, *Le circostanze del reato*, cit., 106.

tere fidefacente del documento non modifica il bene giuridico della fede pubblica tutelato dall'art. 476.1 c.p. (falsità in atto pubblico non fidefacente), al contrario la fattispecie di cui all'art. 640 *bis* c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) dovrebbe essere qualificata come fattispecie autonoma, poiché il carattere "pubblico" delle erogazioni, e, quindi, del danno arrecato, da ravvisarsi non più esclusivamente nel patrimonio, ma anche nella frustrazione degli scopi perseguiti con l'erogazione pubblica¹³⁸.

Tuttavia, il criterio in esame – anche detto «criterio di tipo teleologico» presenta limiti addirittura insormontabili, poiché – per così dire – risulta “abbandonato” già dallo stesso legislatore al momento della formulazione delle singole fattispecie. Si prendano, infatti, ad esempio le circostanze aggravanti dell'omicidio previste dall'art. 576, nn. 3 e 4, c.p.: la finalità di sottrarsi all'arresto, colorando il reato di un disvalore offensivo non solo della vita, ma anche di un interesse come l'amministrazione della giustizia, determina senza alcun dubbio un mutamento del bene giuridico tutelato dalla fattispecie base, e ciò nonostante che le fattispecie di cui all'art. 576, nn. 3 e 4, c.p. costituiscano pacificamente, per espressa e univoca previsione del legislatore, due circostanze aggravanti¹³⁹. Del resto è lo stesso legislatore all'art. 84 c.p. a dire che possono essere considerati «circostanze (aggravanti)» anche fatti che costituirebbero di per se stessi reato, vale a dire fatti che, per necessità logica, presentano profili di offensività diversa rispetto al reato semplice cui accedono¹⁴⁰. Si può, inoltre, osservare che la teorica in esame è ulteriormente censurabile dal momento che poggia su di un'“inversione logica”, giacché per individuare il bene giuridico tutelato da un reato sarebbe *previamente* necessario determinare quali sono i suoi elementi costitutivi e quali quelli circostanziali¹⁴¹.

Ebbene, seppur concordiamo pienamente con i rilievi critici fin qui sviluppati, è d'uopo interrogarsi se veramente il criterio di tipo teleologico deve essere bollato come *inutile*, *fuorviante* e, pertanto, bandito da ogni “rispettabile” argomentazione sul tema.

¹³⁸ Cfr. in tal senso le chiare osservazioni della Suprema Corte di Cassazione la quale osserva che: «Per la diversità qualitativa del bene protetto e, corrispondentemente, per la natura particolare del profitto conseguito dall'agente, poiché oggetto della tutela penale è il complesso delle pubbliche risorse destinate a finalità di incentivazione economica». Cass. pen., 15.10.1998, Sez. II, in *Cass. pen.*, 1999, 2547.

¹³⁹ Numerosissime sono, poi, le smentite “legislative” a tale criterio, sia in un senso che nell'altro. Per un verso, infatti, può ben esserci un reato autonomo che offende lo stesso bene giuridico di altro reato: ad esempio, l'infanticidio, pur essendo reato autonomo rispetto all'omicidio ne offende lo stesso bene giuridico. Per altro verso, ben possiamo avere circostanze che “espandono” l'offensività del reato semplice aggredendo un bene diverso ed ulteriore. Ad esempio, il delitto di *turbatio sacrorum* ex art. 405 c.p. tutela il sentimento religioso e il delitto di evasione ex art. 385 c.p. l'autorità delle decisioni giudiziarie, ma entrambi possono essere aggravati da una circostanza – l'aver commesso il fatto con violenza o minaccia alle persone – che va a colpire un bene giuridico (l'incolumità personale e/o la libertà di autodeterminazione) indubbiamente e significativamente diverso.

¹⁴⁰ In tal senso A. Melchionda, *Circostanze*, cit., 569.

¹⁴¹ Cfr. in tal senso Cass., Sez. un., 26.06.2002, Fedi, cit.; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 248.

Consapevoli che nel senso appena prospettato propendono dottrina e giurisprudenza più recenti ed autorevoli¹⁴², a nostro avviso occorre effettuare una importante precisazione. Se si assume – come aveva fatto l'impostazione tradizionale di tipo dogmatico-ontologico *ante* 2002 – il criterio *de qua* come univocamente e inequivocabilmente discreto la natura dell'elemento, non se ne può che sostenere la completa fallacia. Tuttavia, valorizzato in una ottica ermeneutica di tipo "flessibile", quale tassello di un più ampio ed argomentato ragionamento che fa appello anche a criteri di tipo formale, riteniamo che il criterio dell'identità/mutamento dell'oggettività giuridica abbia una sua utilità e plausibilità. Peraltro, tale insegnamento promana proprio dall'attenta analisi della giurisprudenza di legittimità, la quale *quasi mai* di fronte ad elementi dubbi ha fatto uso unicamente del suddetto criterio, ma lo ha sempre valorizzato in una *ottica argomentativa più ampia ed articolata* considerandolo, dunque, quale elemento meramente indiziante la natura circostanziale o costitutiva.

Due esempi, tratti proprio dal patrimonio giurisprudenziale, possono chiarire quanto appena osservato. Una pronuncia della Corte di Cassazione del marzo del 1997, prendeva in esame i rapporti fra il reato di cui all'art. 392, d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 73 e l'ipotesi speciale dell'introduzione, vendita, acquisto o detenzione nello Stato di tabacco lavorato estero in quantità superiore ai quindici chilogrammi, introdotta dall'art. 2, l. 18 gennaio 1994, n. 50. Si affermava, in particolare, che la fattispecie di più recente introduzione costituirebbe una ipotesi autonoma e non circostanza aggravante di quella del contrabbando. Nel sostenere ciò si faceva leva, innanzitutto, su dati *letterali e sistemici*: «Nella specie non può trovare applicazione l'art. 15 c.p., poiché la l. 50 citata ha espressamente stabilito «*Ferme restando le sanzioni previste dal testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale*». Questo inciso denota la volontà del legislatore di sommare i due sistemi sanzionatori, senza creare una circostanza aggravante: diversamente avrebbe adoperato la tecnica dell'inserimento nel precedente corpo normativo, e cioè nell'art. 295 d.p.r. 43 citato, intitolato «*Circostanze aggravanti del contrabbando*», o avrebbe precisato la natura giuridica della nuova disposizione mediante una espressione lessicale variamente formulata»¹⁴³. Ma il ragionamento sviluppato dalla Suprema Corte veniva integrato, di seguito, da una ulteriore considerazione. «Le due leggi tutelano interessi differenti: quella pregressa protegge la potestà tributaria dello Stato e la riscossione dell'imposta di confine, mentre quella del 1994 mira a creare una serie di controlli e di ostacoli alla commercializzazione ed al consumo di tabacchi lavorati esteri, per tutelare non solo le entrate derivanti dall'imposta di confine, ma anche il regime di vendita nel territorio nazionale». Nel caso di specie ciò che ha indotto il giudicante ad escludere la natura circostanziale degli elementi di fatto inseriti nella norma so-

¹⁴² In tal senso fra tutti, A. Melchionda, *Circostanze*, cit., 570; R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, cit., 306; Cass., Sez. un., 26.06.2002, Fedi, cit.

¹⁴³ Cfr. Cass. pen., Sez. III, te 21.3.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 229.

pravvenuta sul corpo di quella che configurerebbe una classica condotta di contrabbando, sia pure in concorso con altri dati, consisterebbe, dunque, sia nella rilevabilità, nella fattispecie di nuova introduzione in quanto complessivamente considerata, dell'offesa ad un interesse diverso da quello tutelato dalla norma incriminatrice del contrabbando, sia nei dati letterali e sistemici rassegnati dalla norma, valutata nel suo contenuto lessicale e nel complesso normativo in cui è inserita. E' possibile, poi, cogliere e dare ulteriori sviluppi a questa prospettiva analizzando un'altra decisione riguardante la natura autonoma o circostanziale della fattispecie di truffa attuata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, prevista dall'art. 640 *bis* c.p., rispetto a quella di truffa comune di cui all'art. 640 c.p. Ha precisato, infatti, la Corte di Cassazione in una pronuncia del 1998¹⁴⁴: «Questo collegio ritiene che l'art. 640 *bis* c.p. configuri un'ipotesi autonoma di reato, al di là della non vincolante terminologia usata nella rubrica (*«truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche»*). Nella più ampia categoria della truffa il legislatore ha inteso enucleare una figura a sé, che si caratterizza: per l'enucleazione della tipologia del fatto incriminato nell'ambito di una norma specifica, mentre una circostanza aggravante sarebbe stata più sistematicamente collocata nell'ambito dell'art. 640 comma secondo n. 1 c.p.; per la differente portata della pena, dato che l'art. 640 *bis* prevede la sola pena detentiva e non anche quella pecuniaria (nel caso si ritenesse possibile il giudizio di comparazione tra circostanze di diverso genere, il giudizio di equivalenza o di prevalenza delle circostanze attenuanti porterebbe ad applicare la pena congiunta, come previsto per la truffa semplice); per il fatto che la norma è stata introdotta con l'art. 22 l. 55/1990, ossia nell'ambito delle nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale». Ma a questi elementi di valutazione, plurimi ed eterogenei, se ne aggiungeva un altro. «Per la diversità qualitativa del bene protetto e, corrispondentemente, per la natura particolare del profitto conseguito dall'agente, poiché oggetto della tutela penale è il complesso delle pubbliche risorse destinate a finalità di incentivazione economica». Anche in questo caso, dunque, il dato della modifica qualitativa dell'oggetto giuridico veniva ritenuto significativo della natura di fattispecie autonoma ma non considerandolo di per se stesso. In conclusione, al di là della correttezza o meno delle argomentazioni sviluppate dalle decisioni sopra ripercorse, ciò che interessa mettere in evidenza è come queste diano sì rilievo al criterio dell'invarianza/modificazione dell'oggetto giuridico, ma lo considerino soltanto *uno* degli aspetti da valutare per giungere a determinate conclusioni in ordine alla natura circostanziale o costitutiva dell'elemento la cui presenza produce o meno una variazione dell'interesse tutelato. Sebbene, infatti, dalle stesse pronunce traspaia con una certa chiarezza che una tale variazione appare essere effetto decisamente contrastante con la qualificazione dell'elemento in discussione come circostanza, il criterio sostanziale-teleologico non può né deve essere considerato di per se stesso solutorio del caso concreto dubbio, ma necessita di essere corroborato da ulteriori indici di tipo fattuale.

¹⁴⁴ Cass. pen., Sez., II, 15.10.98, in *Cass. pen.*, 1999, 2547.

Sicuramente di maggiore efficacia sono, invece, i criteri c.d. formali, basati cioè su indicazioni ricavate dal testo della legge. I criteri *de quibus* sono quelli ad oggi più seguiti in giurisprudenza e ritenuti maggiormente attendibili dalla dottrina. Questi si fondano sul dato testuale delle norme e cercano di ravvisarne le caratteristiche *probanti* o *indizianti* della natura circostanziante o costitutiva.

All'interno dei criteri formali si suole, inoltre, compiere una distinzione fra criteri "forti" o "probanti" e criteri "deboli" o "indizianti" della natura circostanziale o costitutiva¹⁴⁵. I primi fornirebbero un'indicazione certa ed indubbia circa la natura dell'elemento di cui si discute; i secondi sarebbero, invece, in grado di fornire solo un'indicazione di massima, perché in verità non vincolano l'interprete.

In estrema sintesi si è osservato quanto segue.

A. *Probante* la natura *circostanziante* dell'elemento risulta essere: a) l'utilizzo del termine *circostanza* nel corpo della norma; b) il rinvio alla *disciplina codicistica dettata in generale per le circostanze*. Talvolta, infatti, il legislatore utilizza formule del tipo «la pena è aumentata», «la pena è diminuita» senza ulteriori indicazioni¹⁴⁶. In tali casi il giudice per quantificare la pena deve fare necessariamente ricorso ai criteri generali stabiliti negli artt. 64 e 65 c.p., in tal modo attribuendo natura circostanziale alla fattispecie dubbia. Il legislatore può anche fare un rinvio esplicito alla disciplina del giudizio di bilanciamento tra circostanze, operato al fine di sottoporre, o più spesso di sottrarre l'elemento controverso al bilanciamento con altre circostanze eterogenee¹⁴⁷. Evidente, infatti, come il richiamo all'art. 69 c.p. implica logicamente che si tratti di una circostanza e non di un elemento costitutivo che, in quanto tale, non potrebbe ovviamente soggiacere ad alcun tipo di bilanciamento.

B. *Probante* la natura *costitutiva* dell'elemento: a) la ridescrizione dell'intero fatto tipico con l'aggiunta di un elemento specializzante¹⁴⁸.

Ma a parte queste rare ipotesi, la maggioranza dei criteri formali è costituita da indicazioni *ambigue* meramente *indizianti*, che si prestano ad interpretazioni equivocate. Tali criteri di distinzione sono definiti "deboli", in quanto possono solo fornire indicazioni orientative all'interprete.

A. *Indizianti* la natura *circostanziante*: a) l'utilizzo del termine *circostanza* nella rubrica della norma¹⁴⁹; b) la *descrizione per relationem*. Il legislatore che descrive la fattispecie controversa attraverso il mero rinvio ad un fatto di reato descritto in altra norma, esprimerebbe presumibilmente la volontà di qualificare tale fattispecie come

¹⁴⁵ Cfr. in tal senso in particolare Cass. pen., Sez. un., 26.06.2002, Fedi, cit.; ed in dottrina, fra tutti, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione"*, cit., 24 ss.

¹⁴⁶ Si veda ad esempio l'art. 319 *bis* c.p., o la prima parte dell'art. 593.3 c.p.

¹⁴⁷ Vedi ad esempio l'art. 280.5 c.p. oppure l'art. 280 *bis*.5 c.p.

¹⁴⁸ E' il caso ad esempio dell'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p.

¹⁴⁹ Come noto la rubrica non è testo di legge e, quindi, non vincola l'interprete. Si vedano, ad esempio, le rubriche degli artt. 319 *bis*, 339, 576, 577, 583, 585, 625 c.p.

circostanziale¹⁵⁰; c) previsione di una variazione di pena proporzionale¹⁵¹; d) la collocazione topografica della fattispecie dubbia nello stesso articolo che descrive il reato semplice; e) la prossimità topografica fra l'articolo che prevede il reato semplice e l'articolo che prevede la fattispecie dubbia. Quanto più vicini sono i suddetti articoli, tanto più probabile è che il secondo descriva una circostanza. Quando, invece, la distanza aumenta, tale probabilità diminuisce.

B. *Indizianti*, invece, la natura *costitutiva* risultano essere: a) la previsione nella rubrica di un diverso *nomen iuris*¹⁵²; b) la collocazione topografica della fattispecie dubbia specializzante in un articolo del codice distinto da quello che descrive la fattispecie base¹⁵³; c) l'integrale ridescrizione del fatto senza alcun rinvio al reato semplice¹⁵⁴.

I criteri di questo secondo gruppo fanno, dunque, leva su mere tecniche legislative, rispettivamente adottate – spesso, ma non sempre, e comunque non necessariamente – per la formulazione dei reati autonomi e delle ipotesi circostanziali. E' evidente, tuttavia, che queste tecniche legislative non possono affatto vincolare l'interprete: prima di tutto, perché esse sono desunte dalla mera osservazione – casistica ed assolutamente parziale – della legislazione vigente; in secondo luogo, perché il legislatore, in nessun punto della legge – non in un prologo, non in un “considerando”, e tanto meno in un articolo di legge – ha giurato fedeltà ad esse. Anzi abbiamo un legislatore che, come un ragazzino capriccioso ed incostante, saltella da una tecnica legislativa all'altra senza alcun preavviso e senza alcuna remora¹⁵⁵. Si tratta, quindi, di criteri che possono essere utilizzati, per un verso, *solo in via subordinata*, solo ove fallisca, cioè, l'operazione di qualificazione sulla scorta dei precedenti criteri probanti “forti”, e per altro verso, *solo cumulativamente*, nel senso che attraverso di essi si può approdare ad una qualificazione affidabile solo quando più di essi convergano verso il medesimo risultato.

Ebbene a noi interessa, al di là della pregevole elencazione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza quale faro guida per le scelte giudiziarie, indagare su di un ulteriore, problematico aspetto.

¹⁵⁰ Si esprime invece in termini di certezza la Cassazione, Sez. un., 26.06.2002, Fedi, cit.; più cauto, invece, R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 63. In senso critico vedi, invece, R. Bartoli, *Truffa aggravata*, cit., 308. In tal senso vedi ad esempio l'art. 319 *ter* c.p. Si badi bene che tale criterio è meramente indiziante dal momento che spesso tale tecnica di previsione è dovuta ad esigenze di economia legislativa e non a prese di posizione in ordine alla natura dell'elemento.

¹⁵¹ La proporzione nel calcolo della pena è sintomatica, infatti, di quel cordone ombelicale che lega il tipo-base al sottotipo circostanziato.

¹⁵² Basti porre mente in tal senso all'art. 583 *bis* c.p., nonché all'art. 578 c.p. Entrambi descrivono reati autonomi delle lesioni personali e dell'omicidio doloso.

¹⁵³ E' non a caso un criterio “debole” in quanto smentito in un numero elevato di ipotesi. Si pensi alle tante circostanze previste in un articolo diverso. Vedi ad esempio artt. 251.2, 403.2, 600 *bis.2* c.p.

¹⁵⁴ Si tratta questa di una lettura a contrario del precedente criterio “forte” della descrizione *per relationem*.

¹⁵⁵ In tal senso v. F. Coppi, *Maltrattamenti*, cit., 308, secondo cui “La tecnica di formulazione delle proposizioni normative è tale da non permettere la individuazione di un sicuro e costante principio di classificazione”.

Quando sussistono, dunque, criteri probanti *nulla quaestio*: l'arcano appare agevolmente scioglibile. L'operazione valutativo-ermeneutica del giudice, pur in assenza di una espressa previsione legislativa, si ridurrà, infatti, ad una mera constatazione della presenza di uno dei criteri "forti" da cui discende in maniera per così dire "automatica" la qualificazione in ordine alla natura¹⁵⁶.

Quando, invece, non ricorrano criteri probanti ma solamente indizianti, occorre distinguere due distinte ipotesi. La prima concerne il caso in cui i criteri "deboli" siano *plurimi e univocamente concordanti* nella caratterizzazione della natura del singolo elemento; anche in questo caso il giudice sarà chiamato ad una operazione interpretativa piuttosto agevole, dovendo propendere nella qualificazione secondo i termini indicati dai criteri concretamente rilevati¹⁵⁷. La seconda ipotesi – che rappresenta il *punctum dolens* dell'intera vicenda – si concreterebbe, invece, quando la norma, la cui natura risulta dubbia e pertanto da interpretare, presenta solo criteri meramente indizianti e tra di loro *contraddittori*. In questo caso cosa accade? Quale il processo logico-argomentativo che deve seguire il giudice nella valutazione dell'elemento dubbio?

E' d'uopo osservare, infatti, come sussistano non pochi casi in cui la partita tra la qualificazione come circostanza e la qualificazione come reato autonomo finisce "in pareggio", allorché i criteri "forti" rimangono fuori gioco fin dall'inizio, mentre i criteri "deboli" si schierano, taluni a favore della prima, altri a favore della seconda qualificazione. Come superare, dunque, in questi casi il dubbio qualificatorio? Come ridurre i margini dell'incertezza, destinati ad alimentare a dismisura la discrezionalità giurisdizionale?

Si consideri ad esempio la fattispecie di corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319 *ter* c.p. rispetto ai delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319 c.p. Poiché il rapporto di *species* ad *genus* sussiste, è legittimo domandarsi se siamo di fronte ad un reato autonomo o ad una circostanza aggravante, ma il criterio "forte", fondato sul meccanismo di modulazione della pena o sul richiamo all'art. 69 c.p., non può venire in rilievo in quanto assente. Dobbiamo, allora, ricorrere ai criteri "deboli"; e qui la descrizione *per relationem* («se i fatti indicati negli artt. 318 e 319 c.p. sono commes-

¹⁵⁶ Si badi bene che anche ove dovessero concorrere con il criterio "forte" uno o più criteri "deboli" la cui lettura farebbe propendere per una valutazione diversa della natura dell'elemento, il giudice non è tenuto a dare rilievo alcuno a quest'ultimi, dovendo riporre la propria argomentazione sul solo parametro probante. Allo stesso tempo occorre osservare che contestualmente non possono ai ricorrere in seno alla stessa fattispecie elementi probanti la natura circostanziale e elementi probanti, invece, la natura costitutiva dal momento che questi – come sopra posti in esame – si pongono tra loro in termini di netta incompatibilità logico-strutturale.

¹⁵⁷ Si badi bene che l'"automatismo" qualificatorio descritto in presenza di criteri forti, in questo secondo caso appare completamente annullato. Il giudice è, infatti, chiamato ad una spesso non agevole operazione ermeneutica volta: in primo luogo alla ricerca dei criteri indizianti la natura circostanziale o autonoma della fattispecie ed in secondo luogo a valutarne la coerenza logica fra i più elementi individuati. Operazione questa spesso anche di non facile argomentazione sotto il profilo giuridico e che pertanto di automatico non ha niente, ma anzi finisce con l'esaltare il ruolo del giudice nell'interpretazione della singola norma.

si ...») ci fornisce un indizio a favore della natura circostanziale, mentre l'attribuzione di un apposito *nomen iuris* nella rubrica («corruzione in atti giudiziari») e la collocazione in un separato articolo orientano a favore della sua natura di reato autonomo¹⁵⁸. Dubbi permangono – nonostante l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite – anche in relazione all'art. 640 *bis* c.p.¹⁵⁹. Constatata l'esistenza del rapporto di *species* a *genus* rispetto alla truffa, depone, infatti, a favore della natura circostanziale l'impiego della tecnica di descrizione *per relationem* («se il fatto di cui all'art. 640 ...»). Ma si tratta di un giudizio di per sé non risolutivo, contrastato dalla collocazione topografica della fattispecie in un separato articolo, mentre le inequivoche (queste sì) circostanze aggravanti della truffa sono contemplate nello stesso articolo che prevede il reato base (vedi art. 640.2 c.p.).

Ebbene, in questo caso ci troviamo di fronte a (come efficacemente definite in dottrina) *fattispecie ostinatamente dubbie*¹⁶⁰. In relazione a queste si possono astrattamente individuare *quattro* diversi orientamenti solutori.

Un primo orientamento propone di risolvere la problematica in termini *quantitativi*. Una fattispecie dubbia è riconducibile all'una o all'altra qualificazione in ordine alla propria natura a seconda del numero di elementi indizianti che propendono per l'una o per l'altra. Una siffatta soluzione non può, tuttavia, essere accolta per i numerosi limiti insiti in tutte le soluzioni quantitative, primo fra tutti l'incapacità di esprimere una vera e propria scelta di valore¹⁶¹.

Una seconda impostazione dogmatica ritiene, invece, che di fronte ad una insuperabile e congenita incertezza qualificatoria potrebbe essere sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di precisione e determinatezza¹⁶². Si badi bene che il difetto di determinatezza colpirebbe la disposizione dubbia tanto ove si condividesse l'opinione secondo la quale le circostanze del reato sono sottoposte alle stesse esigenze di legalità previste per gli elementi costitutivi, tanto si accedesse alla diversa opinione che esclude che l'esigenza di tassatività sia da estendere alle norme aventi un rilievo meramente modificativo della punibilità¹⁶³. Anche ove si propendesse per quest'ultima possibile limitazione del principio di necessaria determinatezza, va tenuto, comunque, presente che l'incertezza sulla natura costitutiva o circostanziale di un certo elemento viene di fatto a precludere la possibilità stessa di inquadrare la singola disposizione considerata sul versante delle questioni afferenti all'*an*, anziché al solo *quantum*, della punibilità; e quindi si configura quale

¹⁵⁸ L'opinione dominante è nel senso della natura di reato autonomo della fattispecie di cui all'art. 319 *ter* c.p.

¹⁵⁹ Sul punto vedi in particolare A. Della Bella, *Commento all'art. 640 bis*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, cit., n. 2.

¹⁶⁰ Espressione questa utilizzata in dottrina per indicare quelle fattispecie in cui né i criteri "forti" né i criteri "deboli" hanno una capacità dirimente la problematica.

¹⁶¹ Vedi in dottrina in particolare R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, cit., 309.

¹⁶² Cfr. in tal senso A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 726 s.

¹⁶³ Cfr. in tal senso F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 277 ss. Ma anche F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 51 ss.

questione interpretativa prodromica alla stessa verifica dei presupposti di necessaria determinatezza. Anche volendo ammettere, quindi, che «le norme modificative ed estintive possano essere costruite in forma discrezionale»¹⁶⁴, l'incertezza emergente dalla rilevata assenza di confini tassativi fra il settore degli elementi costitutivi e quello degli elementi meramente circostanziali, rimane aspetto potenzialmente ricollegabile ad un vizio di possibile rilevanza costituzionale¹⁶⁵. Appare, tuttavia, anche questa una strada difficilmente percorribile. In tal senso si è, infatti, osservato criticamente che «pur in assenza di un sicuro ancoraggio a criteri testuali o d'altra natura, non appare pensabile una denuncia di difetto di determinatezza, a meno di non ritenere che la Corte costituzionale, di fronte ad una incertezza irrimediabile sulla qualificazione di un dato elemento, debba espungerlo dal sistema»¹⁶⁶. La Consulta appare, piuttosto, orientata, specie negli ultimi anni in cui le tensioni con il legislatore si sono fatte sempre più intense, a onerare il giudice di un "alto" sforzo interpretativo finalizzato a ricondurre la disposizione normativa ad una razionale compatibilità con i principi costituzionali, "sollecitandolo" – addirittura e ove necessario – a compiere vere e proprie torsioni del dato testuale¹⁶⁷.

Il terzo orientamento si affida a criteri solutori di tipo "automatico". Prospettano questi soluzioni di tipo sussidiario che, da un lato cercano di offrire un ancoraggio *razionale e certo* al giudice altrimenti in balia del dubbio ermeneutico, dall'altro finiscono, però, con l'introdurre rigide presunzioni che risultano esporsi a critiche radicali dal momento che, in definitiva, cercano di ridurre un'operazione valutativo-ermeneutica altamente discrezionale a un accertamento del tutto meccanicistico ed automatico, introducendo una evidente finzione della realtà. Più precisamente, venendo all'analisi dei singoli criteri automatici, occorre osservare come siano state elaborate *tre* principali soluzioni: una, fondata sul *principio di colpevolezza*, che conclude per la natura necessariamente costitutiva dell'elemento problematico¹⁶⁸; un'altra, basata sul criterio del *favor rei*, che giunge alla conclusione opposta¹⁶⁹; ed, infine, un'ultima soluzione che, facendo leva sul *principio di legalità* e più precisamente sul principio di determinatezza, qualifica gli elementi dubbi come accessori¹⁷⁰. Se da un lato è vero, infatti, che un criterio automatico è capace di offrire una soluzione definitiva e, quindi, risulterebbe molto utile sul piano pratico-applicativo e lascerebbe del tutto irrilevanti i margini di incertezza, dall'altro le suddette soluzioni finiscono con il peccare sotto vari e diversi profili. Ebbene, a nostro avviso, la prima

¹⁶⁴ Così, ancora, F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 310.

¹⁶⁵ Cfr. in tal senso A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 728.

¹⁶⁶ Cfr. in tal senso D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti*, cit., 679.

¹⁶⁷ Esempio emblematico in tal senso appaiono le pronunce della Corte costituzionale rispettivamente rese in data 2007 in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 609 *sexies* c.p. e dell'art. 69.4 c.p. in tema di recidiva reiterata e blindatura del giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee.

¹⁶⁸ Vedi per tutti M. Gallo, *Le forme del reato*, Torino, 1967, 9 ss.; A. Cadoppi, *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti*, cit., 663 ss.

¹⁶⁹ In questo senso vedi G. Marini, *Le circostanze del reato*, cit., 88.

¹⁷⁰ Così T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 196.

via è impraticabile non solo rispetto alle circostanze attenuanti¹⁷¹, ma, dopo la riforma del 1990, anche rispetto a quelle aggravanti, che, com'è noto, si imputano soggettivamente al pari degli elementi costitutivi. Tale riforma, infatti, per quanto infelice nelle scelte lessicali adottate, sembra aver adeguato il regime di imputazione delle circostanze aggravanti al principio di colpevolezza, per cui non ha più ragione d'essere l'osservazione secondo la quale si dovrebbe preferire la qualificazione della fattispecie dubbia in termini di elemento costitutivo, perché in tal modo si garantirebbe il rispetto del principio *de qua*. Allo stesso modo anche la soluzione che si orienta verso la natura circostanzianta sulla base del c.d. *favor rei* non può essere accolta¹⁷², non solo perché il *favor rei*, ammesso che sia un vero e proprio principio, ha una fonte alquanto incerta e sembra trovare applicazione soprattutto in ambito processuale¹⁷³ ma anche perché, come rileva puntualmente la stessa Corte di Cassazione nella sentenza Fedi, «la configurazione circostanziale non sempre è più favorevole all'imputato. Si pensi ad un dubbio ermeneutico tra reato autonomo meno grave rispetto al reato di riferimento e una circostanza attenuante: in tal caso la qualificazione come circostanza attenuante espone l'imputato alla pena più grave prevista per il reato semplice, ove il giudice ritenga l'attenuante equivalente (o peggio subvalente) rispetto a concorrenti circostanze aggravanti, speciali o comuni»¹⁷⁴. Infine, anche la soluzione che opta per la natura circostanziale sulla base del principio di legalità e, più precisamente, del sottoprincipio di determinatezza o precisione, suscita alcune perplessità e non tanto, perché, come ha affermato la Cassazione sempre nella sentenza del 26.06.2002, «il principio di legalità vale per il reato semplice come per il reato circostanziato», quanto piuttosto perché dietro la soluzione in esame, a ben vedere, si nasconde l'idea del *favor rei*. In particolare, la prima critica non può essere accolta perché la questione in esame non attiene alla *formulazione* della fattispecie problematica, bensì alla sua *qualificazione*¹⁷⁵. Detto in altri termini, vero che il principio di determinatezza si riferisce sia alla formulazione degli elementi costitutivi che delle circostanze (soprattutto aggravanti), è anche vero che in questo caso non si discute circa la determinatezza o meno della formulazione della fattispecie problematica, quanto piuttosto sulla determinatezza della sua qualifica. Tuttavia, la soluzione non convince per la semplice ragione che, a ben vedere, l'indeterminatezza della qualificazione potrebbe essere sciolta indifferentemente tanto nell'uno quanto nell'altro senso, con la conseguenza che l'opzione per la natura circostanzianta finisce per basarsi o sul minor rigore del trattamento sanzionatorio, o comunque sul fat-

¹⁷¹ T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 196.

¹⁷² Nello stesso senso R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 68 ss.

¹⁷³ In argomento cfr. anche R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 68 ss. e la dottrina *ivi* citata. In generale sul *favor rei* cfr. le diverse opinioni di F. Palazzo, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 365 e di S. Del Corso, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 85 ss.

¹⁷⁴ Nello stesso senso in dottrina v. M. Gallo, *Appunti di diritto penale - vol. III*, cit.; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 35 s.; R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?*, cit., 309.

¹⁷⁵ Per tale precisazione vedi pure R. Guerrini, *Le circostanze del reato*, cit., 281.

to che la circostanza non fonda la responsabilità, ma la muta, vale a dire, in buona sostanza, sull'idea del *favor rei*, che, come abbiamo visto non può essere accolta¹⁷⁶.

Una quarta ed ultima impostazione¹⁷⁷ propone, infine, di risolvere le *questioni ostinatamente dubbie* facendo ricorso, sempre in via residuale, ai classici *criteri ermeneutici* ed in particolare: A. all'interpretazione sistematica e B. all'interpretazione storica volta alla ricerca dell'*intentio legis* «tipologicamente orientata».

A. In primo luogo, è d'uopo osservare che l'interpretazione sistematica – o meglio l'interpretazione *ulteriormente* sistematica giacché taluni dei criteri “forti” e “deboli” altro non fanno che indicare un percorso di coordinamento del significato (oscuro) della norma col significato (chiaro) di altre norme dello stesso rango – si propone di risolvere la problematica in ordine alla dubbia natura dell'elemento attraverso l'analisi dell'intera disciplina in cui è inserita la fattispecie, alla ricerca di incongruenze macroscopiche che neghino l'una o l'altra natura oppure particolari scelte di disciplina che giochino a favore di una certa natura. Un fulgido esempio di interpretazione ulteriormente sistematica ci è offerto dall'art. 583 c.p. La conferma della natura circostanziale delle fattispecie ivi descritta deriva, infatti, dalla lettura e raffronto con un'altra norma, l'art. 584 c.p., ove afferma che la condotta dell'omicidio preterintenzionale consiste in «atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli artt. 581 e 582 c.p.», senza alcun richiamo all'art. 583 c.p. Tale mancato richiamo induce a qualificare le lesioni gravi e gravissime come circostanze del delitto di cui all'art. 582 c.p., perché, altrimenti, si dovrebbe giungere alla conclusione assurda che la morte non voluta, cagionata con atti diretti a commettere gli (autonomi) delitti previsti dall'art. 583 c.p., non sarebbe punibile come omicidio preterintenzionale¹⁷⁸. Pur tuttavia, l'interpretazione ulteriormente sistematica non appare in grado di risolvere ogni difficoltà interpretativa delle fattispecie ostinatamente dubbie. Un esempio in tal senso proviene dall'art. 319 *ter* c.p. Coloro che lo ritengono reato autonomo fanno leva su di due principali argomentazioni: a) la presenza del “dolo specifico” la cui funzione sarebbe «proprio quella di distinguere la fattispecie in esame da quella ordinaria anche in considerazione degli interessi coinvolti»¹⁷⁹, proponendo, quindi, implicitamente un coordinamento dell'art. 319 *ter* c.p. con ulteriori norme che descrivono reati autonomi che, seppur speciali rispetto ad altri reati, rivendicano la loro (pacifica) autonomia proprio grazie al dolo specifico che li connota: ad esempio, il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), rispetto al sequestro di persona semplice (art. 605 c.p.); lo spionaggio politico o militare (art. 257 c.p.), rispetto al procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato (art. 256 c.p.)¹⁸⁰; b) il coordinamento tra il primo ed il secondo comma dell'art. 319 *ter*

¹⁷⁶ Cfr. fra tutti R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, cit., 310.

¹⁷⁷ In dottrina v. sempre R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, cit. 310; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 40 ss.

¹⁷⁸ Cfr. in tal senso, fra tutti, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 41 ss.

¹⁷⁹ V., per ulteriori riferimenti, C. Benussi, *Commento all'art. 319 ter*, cit., n. 2.

¹⁸⁰ Cfr., in tal senso, anche F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 41 ss.

c.p. Si rileva in tal senso che «sono previste altre specifiche ipotesi con indicazione di autonome pene. Se dette ipotesi dovessero ritenersi figure [autonome] di reato, a maggior ragione ciò varrebbe per l'ipotesi base di cui al comma 1; se, invece, esse dovessero essere ritenute aggravanti di tali ipotesi, ne conseguirebbe ugualmente l'impossibilità di configurare quest'ultima come aggravante, non essendo ipotizzabile una aggravante di una aggravante»¹⁸¹. Ebbene, ad una attenta analisi, tuttavia, le suddette argomentazioni finiscono per essere confutate sullo stesso terreno – quello dell'interpretazione sistematica – sui cui erano germogliate. Si può, infatti, osservare che¹⁸²: a) l'argomento del dolo specifico risulta fortemente ridimensionato ove si ponga mente e riflessione sul raffronto fra l'art. 319 *ter* c.p. con l'art. 573.2 c.p. o con l'art. 481.2 c.p., i quali contemplan indubbe circostanze (rispettivamente del reato di sottrazione di minorenni e del reato di falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità), che addizionano al reato-base proprio un carattere equivalente al dolo specifico: la variazione di pena è, infatti, in tali ipotesi subordinata alla commissione del fatto “per fine di matrimonio”, per “fine di libidine” o “a scopo di lucro”. In generale, poi, può agevolmente rilevarsi che non mancano altre disposizioni circostanziali attraverso le quali si conferisce rilievo ad una particolare motivazione o finalità dell'agire (dai “motivi abietti o futili”, o di “particolare valore morale o sociale”, fino alla “finalità di terrorismo o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso” etc.); b) anche l'argomento dell'impossibilità di configurare “un'aggravante dell'aggravante” non regge sul piano dell'interpretazione sistematica: il sistema, infatti, offre altri esempi di norme che prevedono aumenti di pena (mediante la tecnica delle circostanze del reato) per ipotesi di reato già circostanziate¹⁸³. Se si va a leggere, ad esempio, l'art. 585 c.p., si può agevolmente constatare che sono qui contemplate proprio delle circostanze aggravanti di una aggravante: «nei casi previsti dagli articoli 583 [fatti sicuramente circostanziali per le ragioni sopra esposte] la pena è aumentata se». Lo stesso si riscontra nel quarto comma dell'art. 595 c.p. in relazione alla diffamazione recata ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario: ivi è, infatti, stabilito in tal caso le pene – anche quelle previste dalle ipotesi circostanziate di cui ai precedenti commi secondo (diffamazione consistente nell'attribuzione di un fatto determinato) e terzo (diffamazione recata a mezzo stampa) – «sono aumentate». Sempre dall'interpretazione sistematica si è,

¹⁸¹ Utilizzano tale argomento sistematico fra gli altri, A. Segreto, G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 509. In giurisprudenza vedasi in particolare Cass. pen., 6.02.2007, S., n. 12409, cit., 1648. Un analogo argomento è talora utilizzato anche a sostegno della natura autonoma delle nuove fattispecie, di cui all'art. 624 *bis* c.p., del furto in abitazione e del furto con strappo, il cui terzo comma prevede, per l'appunto, delle circostanze aggravanti speciali: si rivela, infatti, a tal proposito che «costituirebbe una manifesta anomalia la previsione di circostanze di una circostanza». F. Mantovani, voce *Furto in abitazione e furto con strappo*, in *Dig. disc. pen.*, - *Agg.*, 2004, 237; nello stesso senso C. Baccareda Boy, S. Latomia, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 220.

¹⁸² V., in tal senso, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 40 ss.

¹⁸³ Tale considerazione critica è sviluppata in dottrina anche da R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, cit., 30 ss.; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 42 ss.

del resto, tratta esplicitamente proprio la conclusione opposta a quella della natura autonoma dell'art. 319 *ter* c.p.¹⁸⁴. Si fa notare, infatti, che l'art. 319 *ter* c.p. non è richiamato nell'art. 322 c.p., sicché, a considerarlo reato autonomo, rimarrebbe impunita l'istigazione ad una forma di corruzione particolarmente grave quale è quella in atti giudiziari¹⁸⁵; si rivela, inoltre, che «la circostanza attenuante dell'art. 323 *bis* c.p., riferibile sia alla corruzione propria che impropria, non richiama il fatto previsto dall'articolo in esame senza altro ragionevole motivo se non l'esclusione della sua riferibilità ad un autonomo reato. Né lo richiama l'art. 320 c.p.»¹⁸⁶. A ciò deve aggiungersi, infine, che l'art. 319 *ter* c.p. non risulta nemmeno richiamato – mentre lo sono gli artt. 318 e 319 e perfino l'art. 319 *bis* c.p.¹⁸⁷ – dall'art. 32 *quater*, il quale elenca in modo tassativo i casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Se si considerasse la corruzione in atti giudiziari un reato autonomo, pertanto, alla condanna non conseguirebbe tale pena accessoria; l'unico modo per evitare questa assurda conseguenza, sarebbe, pertanto, qualificare l'art. 319 *ter* c.p. come circostanza dei reati di cui agli artt. 318 e 319 c.p.

Se è vero, dunque, che l'interpretazione (ulteriormente) sistematica può offrire indizi ulteriori al fine di sciogliere le incertezze qualificatorie rispetto a fattispecie dubbie, è altresì vero che – e l'esemplificazione relativa all'art. 319 *ter* c.p. ne è la riprova – che non possiamo affatto attribuire ad essa l'auspicato ruolo di «*deus ex machina*, il cui intervento sia, in ogni ipotesi, definitivamente risolutorio¹⁸⁸».

B. Un aiuto ermeneutico ulteriore, in caso di dubbi non superabili con i criteri sopra illustrati, potrebbe provenire dall'interpretazione storica, per dare rilievo all'*intentio legis* che può avere sostenuto determinati interventi novellistici. Più precisamente, si ritiene che il giudice di fronte a fattispecie ostinatamente dubbie e non riuscendo ad essere risolutorio l'approccio interpretativo ulteriormente sistematico, sia chiamato ad indagare sulla volontà legislativa al momento dell'introduzione delle norme, con particolare attenzione – e questo è il punto – all'assetto tipologico in cui questa viene inserita. L'interprete deve, infatti, dare rilievo all'alveo valoriale/disvaloriale in cui la norma viene collocata e valutarne attentamente il rapporto con il tipo-base (il *genus*). Tale operazione permette a nostro avviso di valorizzare appieno i dati definitori messi in evidenza nelle premesse sostanziali-concettuali sull'istituto delle circostanze del reato. Questi possono svolgere, infatti, un effetto “a ricaduta” di tipo deduttivo-informatore servendo quale strumento interpretativo-duttile dal momento che costituiscono meri elementi descrittivi non dotati di forza discrezionale univoca. E' d'uopo, infatti, osservare come in tale ottica ermeneutica tipologicamente orientata, il giudice sarà chiamato a ricostruire il tipo base ed analizzar-

¹⁸⁴ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, XV ed., (a cura di Grosso F.), cit., 358, che a sua volta richiama T. Padovani, *Commento alla riforma*, cit., 543.

¹⁸⁵ Cfr., in tal senso sempre T. Padovani, *Commento alla riforma*, cit., 543 e F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 41 ss.

¹⁸⁶ Cfr., in tal senso sempre T. Padovani, *Commento alla riforma*, cit., 545.

¹⁸⁷ Richiamo quest'ultimo ultroneo come segnalato da F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 42.

¹⁸⁸ Cfr., in dottrina, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 42 ss.

ne attentamente i rapporti con il sottotipo/sottotipi legislativamente predisposti, prestando, altresì, attenzione alle classi di valori tutelati e dando rilievo: a) alla tecnica descrittiva per specialità per specificazione o per aggiunta; b) alla previsione di una variazione proporzionale od autonoma ed indipendente della pena; c) al fatto che l'elemento dubbio incentri su di sé l'intero disvalore di fattispecie o ne rappresenti, invece, una mera modulazione concretizzante che si muove pur sempre nell'alveo disvaloriale base della fattispecie semplice. Seppure, infatti, i suddetti caratteri di per se stessi considerati non sono, è d'uopo ribadirlo, dirimenti l'enigma circostanza/elemento autonomo, ove si *cumulino* fra loro andrebbero a concretare una tecnica di previsione normativa che si pone in forte frizione con l'idea stessa di circostanza (o di fattispecie autonoma) come ricavabile dai dati definatori evidenziati in punto di disciplina. Qualificare come circostanziate un elemento che è sì speciale rispetto alla norma base ma ne attua una specificazione per aggiunta, prevede una consistente differenza in punto di ridefinizione della cornice editale o della *species* di pena, incentra su di sé il disvalore di fattispecie, appare contraddire l'idea stessa di sottotipizzazione e della necessità – stante i concetti di accessorialità, difettabilità e dipendenza – che l'elemento circostanziate si muova pur sempre nell'alveo disvaloriale della fattispecie-base di riferimento con una funzione concretizzante, tipizzando cioè specifici dati fenomenici che descrivono sempre più precisamente il fatto di reato. Parimenti, considerare costitutivo-essenziale di una autonoma fattispecie di reato un elemento dubbio che si pone in termini di specialità per specificazione rispetto alla fattispecie base, che prevede una “minima”¹⁸⁹ e proporzionale variazione di pena, che si ponga nell'economia della fattispecie in termini del tutto marginali rispetto al nucleo centrale espresso dagli elementi costitutivi della fattispecie base, appare in contraddizione con l'idea stessa di fattispecie autonoma e, per correlazione, con quella di circostanza propria.

Ma neppure al suddetto criterio può attribuirsi il ruolo di ago della bilancia in caso di dubbi ostinati.

In primo luogo, è doveroso osservare che la tecnica ermeneutica in esame acquista maggiore plausibilità di utilizzo soprattutto in relazione a fattispecie di nuovo conio, dove il rapporto *intentio legis*-natura della norma è sicuramente più intrecciato e forte. Con il passare del tempo e con la sua concreta applicazione ed interpretazione spesso viene ad acquistare significati ed operatività pratica anche molto distante a quelle che erano le originarie intenzioni del legislatore manifestate, ad esempio, nei lavori preparatori.

La conferma, in secondo luogo, della possibile fallacia del canone ermeneutico dell'interpretazione storica deriva ancora una volta proprio dalla sentenza Fedi delle Sezioni Unite la quale osserva come la stessa giurisprudenza di legittimità aveva spesso sostenuto la natura di reato autonomo dell'art. 640 *bis* c.p. facendo espres-

¹⁸⁹ “Minima” nel senso di proporzionale elastica che parte da una singola unità in più o in meno rispetto alla pena base. Sono queste, per l'appunto, le classiche e generali previsioni delle variazioni di pena «fino ad un terzo».

mente leva sull'intenzione del legislatore storico di punire più rigorosamente questa particolare ipotesi di truffa, sottraendola al giudizio di bilanciamento. Si rilevava, a tal fine, che «nella più ampia categoria della truffa il legislatore ha inteso enucleare una figura a sé, che si caratterizza [...] per il fatto che la norma è stata introdotta con l'art. 22 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ossia nell'ambito delle (nuove) disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale. Da ciò è agevole dedurre che il legislatore ha inteso colpire con una previsione *ad hoc* e non con una mera circostanza aggravante un fenomeno delittuoso, spesso (anche se non esclusivamente) legato alla criminalità organizzata»¹⁹⁰. Le Sezioni Unite censurano, invece, una siffatta interpretazione, ammonendo che «questa pur apprezzabile ragione di politica criminale non può essere perseguita a costo di manipolazioni esegetiche, che finiscono per tradire la oggettiva volontà della legge»¹⁹¹, così svelando la precarietà di ogni operazione interpretativa imperniata sull'*intentio legis*. Un ulteriore ridimensionamento del ruolo attribuibile all'*intentio legis* scaturisce, altresì, da un'altra, recentissima pronuncia delle Sezioni Unite nella quale – dopo aver precisato che la ricerca dell'«intenzione del legislatore» è legittima esclusivamente nel caso in cui «il senso letterale della norma non dovesse risultare di univoca e chiara interpretazione» – si è ammonito sul fatto che tale ricerca va compiuta «fermo comunque il fondamentale principio ermeneutico secondo il quale, una volta entrata in vigore, la norma giuridica ha una propria vita, autonoma rispetto alle intenzioni di chi la pose in essere»¹⁹².

Le osservazioni sopra ripercorse, appaiono perfettamente logiche e giuridicamente fondate ed al contempo impongono una duplice riflessione.

La prima attiene alla necessità che l'interpretazione storica dell'*intentio legis* sia sempre orientata alla ricostruzione/valutazione dell'assetto tipologico predisposto dal legislatore ed in cui la fattispecie va a collocarsi. A noi pare, infatti, questo il solo modo per valorizzare i dati definitivi sostanziali emergenti dalla analisi della disciplina delle circostanze del reato.

La seconda riflessione attiene poi al fatto che, in definitiva, vi possono essere ipotesi in cui né sulla scorta dei criteri “forti”, né di quelli “deboli”, né sulla base dei criteri interpretativi “classici”, si giunga ad una qualificazione univoca nettamente prevalente sull'altra. In tali casi la scelta fra le due possibili soluzioni, duole dirlo, spetterà unicamente al giudice, lasciato (*rectius* abbandonato) al proprio arbitrio decisionale, con buona pace per ogni aspettativa del cittadino di interpretazioni prevedibili¹⁹³.

¹⁹⁰ Cass. pen., 9 novembre 1998, De Vita, in. Nello stesso senso vedi *ex plurimis* F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, XV ed., (a cura di) F. Grosso, cit., 382; E. Palermo Fabris, *La recente legislazione italiana in tema di frodi comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 810.

¹⁹¹ Cass. pen., Sez. un., 10.06.2002, Fedi, cit.

¹⁹² Cass. pen., Sez. un., 21.04.2010, Mills, in *www.dejuregiuffrè.it*.

¹⁹³ Cfr., in tal senso, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 45 ss. e R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, cit., 30 ss

Benché gli strumenti logico-interpretativi ripercorsi nelle pagine precedenti dovrebbero ridurre al minimo le fattispecie ostinatamente dubbie, appaiono queste, tuttavia, *ineliminabili*: siamo di fronte, dunque, ad un ennesimo spazio bianco lasciato dal giudice da un legislatore inadempiente¹⁹⁴.

2.1.3.2 Considerazioni conclusive. Il “procedimento” per distinguere le circostanze dagli elementi costitutivi: Fra criteri automatici ed attività ermeneutica

Concludendo, ci sembra a questo punto opportuno compiere un sintetico quadro riassuntivo di come si debba procedere allorché ci si trovi in presenza di una fattispecie di cui si discute problematicamente la qualificazione giuridica.

In via preliminare, si deve osservare come dietro a tale questione si scontrino diverse concezioni dell'attività interpretativa e, più precisamente, da un lato, una visione che tende a svilire il ruolo “creativo” del giudice, in quanto privilegia criteri che non si basano su vere e proprie considerazioni ermeneutiche, essendo di applicazione pressoché automatica; dall'altro lato una visione che, invece, tende a privilegiare un'attività interpretativa discrezionale, fatta di ragionamento ed argomentazione giuridici. Espressione della prima tendenza sono i criteri formali e quelli utilizzati per risolvere le questioni “ostinatamente dubbie”, fondati sul richiamo ai principi della colpevolezza, della legalità. Essi, infatti, sono – per così dire – elaborati una volta per tutte, con la conseguenza che il giudice si limita ad applicarli al caso in esame senza dover ripercorrere le argomentazioni utilizzate per giustificarli. Espressione della seconda tendenza sono, invece, il criterio sostanziale dell'oggettività giuridica, l'interpretazione sistematica e l'interpretazione storica tipologicamente orientata, i quali, al contrario dei precedenti, necessitano di una continua e rinnovata argomentazione che muta da caso a caso.

La prima visione, se è in grado di offrire maggiore certezza, si presenta tuttavia eccessivamente rigida, sminuendo l'attività del giudice e rischiando di ridurre il diritto ad un'operazione meramente logica e quantitativa incapace di confrontarsi con gli interessi reali sottostanti alla disciplina che viene di volta in volta in gioco. La seconda soluzione, invece, se approda a risultati meno certi e dai contorni più sfumati, tuttavia, potenziando l'attività del giudice, consente di aprire a considerazioni che vanno oltre la rigidità del testo impiegato per descrivere la fattispecie e di confrontarsi con l'intera disciplina prospettata dal legislatore.

D'altra parte le due tendenze, seppur perfettamente contrapposte, non sembrano destinate ad escludersi, potendo (*rectius* dovendo) sussistere un importante equilibrio fra le esigenze di stabilità e certezza soddisfatte dalla prima visione e quelle di dinamicità e mutevolezza appagate dalla seconda. A nostro avviso, infatti, al fine di risolvere le ipotesi problematiche è possibile prospettare una sorta di procedimento

¹⁹⁴ In tal senso D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti*, cit., 679; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui “criteri di distinzione”*, cit., 46.

piuttosto rigoroso, in cui si alternano fasi dove è possibile o addirittura necessario utilizzare criteri automatici e fasi dove, invece, viene esaltata l'attività propriamente ermeneutica del giudice la sola in grado di individuare compiutamente la volontà del legislatore.

Più nel dettaglio, quando una fattispecie si presenta di qualificazione problematica, occorre innanzitutto verificare se sussistono connotati formali probanti. Se questa verifica non porta ad alcun risultato, si deve allora appurare se gli elementi indiziati sono univoci. Infine, se non sussistono neppure elementi indiziati univoci, il passaggio successivo consisterà nel verificare se sia possibile risolvere la questione in via ermeneutica. Prima avendo riguardo all'intera disciplina in cui è inserita la fattispecie e poi procedendo ad un'interpretazione di tipo storico volta alla ricostruzione dell'*intentio legis* orientata per tipi.

Non si può, tuttavia, che concludere constatando come, nonostante il rigoroso procedimento appena illustrato, il dubbio possa in talune ipotesi persistere. In forza di ciò riteniamo, dunque, che risulta ancora tristemente attuale il lamento sollevato – ormai quasi quarant'anni fa – dal Vassalli: «è deprecabile che sia tanto difficile la ricerca di un criterio distinto fra elementi costitutivi e circostanze in un sistema penale ispirato al principio di legalità e di certezza e che per giunta pretende di dare alla distinzione così rilevanti effetti di diritto sostanziale e di diritto processuale».

Una riforma legislativa si impone.

2.1.4 Le circostanze del reato in tensione fra istanze legalitarie e discrezionalità giudiziaria

Gli studi *unisettoriali* a vocazione *strutturale* hanno concentrato la propria attenzione ed indagini (anche se spesso in maniera non del tutto compiuta e consapevole) su di un'ulteriore problematica, anch'essa di centrale importanza per la comprensione delle circostanze del reato: la tensione di fondo all'istituto e sottesa alla disciplina, fra istanze legalitarie ed esigenze di riconoscimento e rafforzamento della discrezionalità giudiziaria.

Tale "rapporto tensivo", la cui problematicità¹⁹⁵ si è acuita già nell'impostazione dottrinale e codicistica tardo-illuministica, ha avuto la propria scaturigine negli studi e riflessioni sul tema della misurazione della pena e manifesta punti di criticità proprio in relazione alla costruzione strutturale degli istituti delle circostanze del reato, che si sono andati storicodiacronicamente stratificando e accumulando in maniera non omogenea e razionale.

Quest'ultimo aspetto, che sarà oggetto di specifica ed approfondita trattazione nel capitolo quarto del presente lavoro, impone allo studioso una attenta analisi su di alcune particolari modalità di costruzione legislativa delle circostanze proprie. Le singole discipline, infatti, alternano momenti di elevata discrezionalità giudiziaria

¹⁹⁵ Non a caso definito di tensione fra le diverse e contrapposte istanze.

(*quantitativa* o addirittura *qualitativa*¹⁹⁶) e minima influenza legislativa, a momenti, invece, di minima discrezionalità giudiziaria e massima incisione legalitaria. Particolare significatività in tale ottica assumono le seguenti coppie contrapposte di circostanze: circostanze con variazione di pena *elastica* e circostanze con variazione di pena *fissa*; circostanze *discrezionali* e circostanze *obbligatorie*; circostanze *indefinite* e circostanze *definite*¹⁹⁷. Sempre con un approccio volto alla selezione e riflessione in

¹⁹⁶ Per la chiarificazione di tali concetti si rinvia sempre al capitolo 4 del presente lavoro.

¹⁹⁷ Più precisamente, le circostanze con variazione di pena *elastica*, il cui meccanismo operativo di tipo proporzionale rappresenta la regola espressa dagli artt. 64 e 65 c.p., presentano un elevato tasso di discrezionalità, dal momento che il giudice è chiamato a valutarle in punto di intensità di manifestazione e di pregnanza di valore/disvalore. La loro capacità di caratterizzazione quantitativa della fattispecie di parte speciale e del trattamento sanzionatorio è rimessa, in definitiva, al prudente apprezzamento dell'organo giudiziario. Viceversa, la variazione *fissa*, seppur anch'essa proporzionale, annulla tale momento di discrezionalità giudiziaria introducendo un automatismo commisurativo basato su di una presunzione di tipo assoluto predisposta dal legislatore. Quest'ultimo, infatti, già a monete ed una volta per tutte ha effettuato quella valutazione di disvalore/valore dell'elemento e la sua capacità incisiva sul singolo fatto di reato. Se tale tecnica di previsione non si deve ritenere incostituzionale per contrarietà alle esigenze ed istanze di proporzione tra pena e disvalore concreto del fatto rimanendo al giudice la capacità/possibilità di graduare discrezionalmente la pena base su cui opererà la variazione *fissa*, si deve pur sempre osservare che per motivi di "opportunità" e "migliore tecnica legislativa" tale effetto di incidenza debba e possa riconnettersi esclusivamente a circostanze descritte in maniera particolarmente analitica e dettagliata e di tipo oggettivo (e non soggettivo). Difatti, da un lato ove la circostanza sia formulata in maniera "ampia" e "sfumata" necessariamente deve permettere una modulazione dei suoi effetti a seconda del suo concreto manifestarsi, apprezzabile solo dal giudice e non univocamente individuabile *ex ante* dal legislatore; dall'altro lato le circostanze soggettive mal si prestano - attenendo a componenti psichico-personalistiche - ad essere irrigidite nella misura di variazione *fissa*. La psiche umana o comunque sia le sue peculiarità soggettivo-personali necessitano, infatti, di essere graduate ed attentamente vagliate dal giudice in relazione al caso concreto ed alla loro effettiva modulabile manifestazione. Il rischio è che altrimenti si trasformino in circostanze che vanno a punire tipi di autore. Per quanto concerne, poi, le circostanze *discrezionali* ed *obbligatorie* occorre osservare come le prime esaltino la discrezionalità giudiziaria nel momento accertativo della loro concreta sussistenza, pur rimanendo fermo il principio generale in tema di circostanze che ne impone la dichiarazione una volta ravvisate nel caso concreto. Il legislatore, *fissa* pertanto solo le linee guida ed i termini entro cui dovrà muoversi l'indagine valutativo-qualitativa del giudice in ordine alla sussistenza o meno dell'elemento circostanziale. Viceversa, si contrappongono alle circostanze *discrezionali* quelle *obbligatorie*, le quali impongono al giudice di essere applicate per il loro mero dato estrinseco di ricorrenza fenomenica. L'indagine valutativa è, pertanto, completamente annullata e il giudice è chiamato al mero accertamento da cui consegue un automatismo su di un duplice livello sia sulla esistenza dell'elemento che sulla sua susseguente applicazione. Quanto, infine, alla contrapposizione fra circostanze *definite* e circostanze *indefinite* occorre rilevare come nelle prime il legislatore procede ad una analitica e determinata descrizione dell'elemento circostanziale e dei presupposti definitivi dello stesso. Il giudice sarà, dunque, chiamato e strettamente vincolato al dato testuale e a ravvisarne in concreto il disvalore/valore da questo espresso. Viceversa, le circostanze *indefinite* (le attenuanti generiche, come noto, costituiscono il paradigma della categoria) sono assenti di tipizzazione e determinatezza. Il legislatore in definitiva rimette nelle mani del giudice la facoltà di ravvisare nel caso concreto i termini e gli elementi in base ai quali può ritenere necessario procedere ad un aumento o ad una diminuzione di pena con efficacia *extraeditale*. Si badi bene, il giudice in questo caso viene esaltato nella propria discrezionalità valutativa che viene a toccare un dato non più meramente quantitativo, ma qualitativo attenendo all'esistenza o meno dell'elemento e alla sua capacità incisiva sui limiti editali. Il giudice diviene il demiurgo della circostanza propria. Inoltre istituti particolarmente problematici nel

ordine alla disciplina presentata dai singoli istituti, occorre mettere in rilievo e considerare anche quelle peculiari, quanto complesse, disposizioni di cui agli artt. 63 e 69 c.p. Sottese alle norme *de quibus* si possono chiaramente individuare, infatti, da un lato ed in ottica legalitaria la predisposizione di un rigido procedimento meccanicistico-aritmetico, con correlativo obbligo di seguirlo da parte del giudice. L'interprete – in caso di concorso omogeneo di circostanze di cui agli artt. 63.2 e 63.3 c.p.¹⁹⁸ - è chiamato, infatti, a svolgere operazioni di tipo scientifico-matematico che ne comprimono fortemente il ruolo valutativo discrezionale. Dall'altro lato al giudice è, invece, richiesto di espletare – in caso di concorso eterogeneo di circostanze del reato *ex art. 69 c.p.* - un giudizio di *sintesi valoriale* che si caratterizza per esse-

rapporto legalità-discrezionalità sono anche l'art. 63.1, 2, 3 e l'art. 63.4 e l'art. 69. Sul punto si rinvia al capitolo secondo e terzo per la trattazione.

¹⁹⁸ Nonché ovviamente in caso di applicazione dell'aumento o della diminuzione in caso di ricorrenza di un solo elemento circostanziate. Ipotesi questa disciplinata ai sensi dell'art. 63.1 c.p. Diverso ancora è, invece, il caso disciplinato dagli artt. 63.4 e 63.5 c.p. In queste ipotesi, infatti, il potere discrezionale "risorge" (si potrebbe dire *inevitabilmente* stante il concorso fra più e sole circostanze omogenee con variazione di pena indipendente od autonoma e salvo le osservazioni che si svilupperanno nel paragrafo 7.4 del capitolo 2). Il giudice individuata la pena stabilita per la circostanza più grave, procede ad applicare quella e può però aumentarla. Interessante è riflettere sulla scelta legislativa rispetto a questo conferimento di una discrezionalità di tipo, ancora una volta, *qualitativo* e non meramente *quantitativo*. Una scelta nel senso del conferimento di una discrezionalità di tipo quantitativo si sarebbe viceversa avuta ove il legislatore invece del *può* avesse inserito il termine *deve* aumentare la pena. Sarebbe stato forse più logico e coerente in una ottica meccanicistico-aritmetica. Invece l'opzione percorsa è quella di attribuire al giudice la facoltà di non considerare ai fini della irrogazione della pena finale quelle circostanze ad efficacia speciale con peso dosimetrico minoritario concorrenti con la principale. Tale potere discrezionale qualitativo è in grado - nei fatti - di rimettere in discussione la stessa scelta legislativa che, viceversa, era stata diretta verso la espressa tipizzazione di un elemento fattispecie (*id est* la fattispecie circostanziata) concretamente integrato nel caso concreto. A quali ragioni può dirsi ispirato tale potere valutativo? A nostro avviso vi si deve ravvisare ancora una volta la necessità/volontà di delegare al giudice il compito di effettuare una "sintesi valoriale" fra elementi circostanzianti in concorso e ciò poiché la circostanza ad efficacia speciale ritenuta principale può già assumere in sé il valore/disvalore delle omogenee circostanze in concorso. Basti porre mente all'esempio in cui nel caso concreto ricorrano due circostanze ad efficacia speciale con variazione di pena indipendente. La prima prevede che la pena vada da due anni a cinque di reclusione, la seconda da due a tre anni di reclusione. In questo caso l'operazione di selezione della circostanza più grave sarà presto fatta data l'incidenza sulla cornice edittale. L'individuazione (in questo caso) deve essere effettuata in astratto e non potrà che propendere per la considerazione della prima circostanza. Orbene, cosa ne è della seconda? Le alternative sono molte ma nella maggior parte dei casi verrà degradata ad indice commisurativo infraedittale all'interno della nuova cornice in cui lo stesso disvalore della circostanza risulta iscritto. Ma le conclusioni appena prospettate, che rappresentano pressoché "la regola" del *modus operandi* della giurisprudenza di merito, appaiono in realtà non del tutto razionali, infatti, si potrebbe dare luogo ad una vistosa differenza fra il concorso omogeneo di circostanze ad efficacia speciale e quello di una circostanza ad efficacia speciale e più ad efficacia comune o ad effetto speciale. Applicata la variazione di pena indipendente o autonoma, infatti, il giudice sarà richiamato dall'aritmecismo previsto dall'art. 63.3 con la conseguenza che con tutta probabilità la cornice edittale nuova stabilita dalla circostanza ad efficacia speciale finirà per essere abbattuta. Eventualità questa del tutto lontana dalla logica del concorso di circostanze solo ad efficacia speciale. Il paradosso risiede inoltre nel fatto che quelle ad efficacia speciale dovrebbero rappresentare nella logica legislativa le circostanze più gravi, in cui è necessario recidere quel cordone ombelicale con la pena base del reato semplice e che a ben vedere nel caso sopra prospettato potrebbero trovare una effettiva non applicazione. Per una diffusa trattazione delle problematiche accennate si rinvia al capitolo secondo paragrafo 7.4.

re altamente valutativo in ottica discrezionale-qualitativa. Tuttavia, gli equilibri/disequilibri fra legalità e discrezionalità evidenti nelle suddette contrapposte costruzioni, ancor più dirompenti alla luce delle rispettive interrelazioni, possono essere compresi fino in fondo (in quanto *effetto*) solo ove si chiarisca l'incidenza che il suddetto problematico rapporto assume nella più ampia tematica della misurazione della pena.

2.1.4.1 Legalità e discrezionalità nella misurazione della pena. Linee di evoluzione storica

Prima di addentrarci nell'analisi - ad oggi pressoché inesistente - di come le istanze legalitarie e quelle sottese alla discrezionalità giudiziaria abbiano concretamente influenzato e caratterizzato gli studi sulla misurazione della pena, è d'uopo effettuare alcune premesse di tipo definitorio-concettuale.

Più precisamente, è opportuno chiarire il significato che la «legalità legislativa» da una parte e la «discrezionalità giudiziaria» dall'altra assumono nel momento commisurativo.

Il principio di legalità in materia penale, affermatosi nel XIX secolo grazie all'opera degli studi illuministici ed immortalato nelle successive codificazioni a questi ispirate, si era posto nei confronti della problematica della misurazione della pena con particolare "attenzione" e al contempo "cautela". Se da un lato si era, infatti, fatta strada la necessità di prevedere per ogni singolo reato un compasso edittale legislativamente e rigidamente predeterminato - in quanto "espressione quantificata" dello specifico disvalore descritto nel precetto primario - che vincolasse e contenesse il giudice nella sua potestà dosimetrica, dall'altro lato si avvertì (quantomeno nel primo momento illuministico con la codificazione giuseppina del 1787 ed il progetto di codice lombardo del 1791) anche la necessità di procedere a tipizzare in maniera chiusa e tassativa tutta una serie di "elementi circostanzianti" che avrebbero dovuto guidare il giudice nelle proprie operazioni comisurativo-valutative infraedittali riducendone così al massimo la discrezionalità. Mosso da una profonda e radicata diffidenza nei confronti del potere giudiziario - stante la possibilità (evidenziatasi nell'esperienza dell'*ancien regime*) di un sua degenerazione arbitraria che avrebbe potuto condurre a delle vere e proprie torsioni delle previsioni normative e come tale avvertito non sufficientemente garantista nei confronti dei consociati - l'illuminismo giuridico tendeva verso la chiara realizzazione di una quanto maggiore *commisurazione legale* della pena. In tale ottica il compito del legislatore non si esaurirebbe, dunque, nella sola scelta di criminalizzazione, corredata dalla fissazione del rispettivo valore edittale, ma si sostanzierebbe anche nel cercare di individualizzare il più possibile la pena rispetto alle peculiari caratteristiche del fatto e della persona del reo così come si potrebbero concretamente manifestare. Il potere legislativo, in tale ottica di sfiducia verso quello giudiziario, avrebbe dovuto cercare così di approssimarsi quanto più possibile alla pena finale da irrogare al reo. A tal fine era, tuttavia, necessario dotarsi di un corposo quanto dettagliato elenco di "elementi circostanzianti", espressivi di specifiche particolarità che sarebbero potute ricorrere nel caso

concreto e che avrebbero dovuto essere obbligatoriamente tenute di conto (nei termini anch'essi legislativamente predeterminati) dal giudice nella modulazione del trattamento sanzionatorio. In sintesi, dunque, le istanze legalitarie (sottese all'omonimo principio) inverte nel momento di misurazione della pena spingono inequivocabilmente verso la valorizzazione della necessità di procedere ad una commisurazione quanto più legale possibile della stessa. L'individualizzazione del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore concretamente espresso dal fatto storico di reato viene fatto così passare da un "filtro legalistico" di tipo *presuntivo*¹⁹⁹ caratterizzato dalla rigida e tassativa predisposizione di "elementi circostanziali".

Quanto, invece, alla discrezionalità giudiziaria nel momento commisurativo della pena è d'uopo fin da subito affermare come questa appare una costante storica ineliminabile (salvo l'isolato tentativo avutosi durante la rivoluzione francese che nella elaborazione di un sistema a pena fissa aveva però dimostrato una ingiustizia maggiore di quella che si temeva potesse essere attuata dal potere giudiziario). Il fondamento giuridico della necessità di riservare al giudice un certo margine di discrezionalità nel misurare la pena deve ravvisarsi nella esigenza di proporzionalità fra il disvalore espresso dal fatto storico di reato *hic et nunc* posto in essere e il trattamento sanzionatorio per questo irrogabile²⁰⁰. Una individualizzazione del trattamento sanzionatorio, dunque, che non può che promanare dall'organo giurisdizionale, in quanto il solo ad entrare in diretto contatto con il reato ed il reo e con le loro concrete peculiarità che ne impongono una quantificazione *ad hoc, personalizzata*. L'affermarsi del principio di individualizzazione della pena, in funzione della migliore soluzione del problema che concerne la proporzionalità delle pene ai singoli delitti, spronò, dunque, nel senso di riconoscere una ineliminabile discrezionalità al giudice nel momento commisurativo (diremmo oggi in senso stretto), dal momento che adeguare la pena al caso concreto significava tenere conto di elementi fattuali diversi ed ulteriori rispetto a quelli essenziali indicati dal legislatore nella fattispecie incriminatrice, ma non di meno capaci di condizionare la quantificazione della pena. Questi elementi fattuali sono diversi ed ulteriori rispetto a quelli essenziali, proprio perché il legislatore non ha potuto prevederli nella norma incriminatrice per l'ovvia impossibilità di moltiplicare all'infinito le fattispecie criminose inseguendo la multiforme realtà. Tuttavia, è necessario fin da subito osservare che l'idea di predisporre un *numerus clausus* di elementi capaci di indirizzare il giudice nella suddetta attività commisurativa si rivelò presto una strada difficilmente percorribile, dal momento che, anche in questo caso, si finiva per ridurre (cosa impossibile) l'intera problematica ad una previsione legislativa che non avrebbe mai potuto essere in grado di esaurire

¹⁹⁹ E' evidente, infatti, come la commisurazione legale della pena non possa che avvenire attraverso l'introduzione di presunzioni da parte del legislatore che attribuisce un valore-disvalore determinato a monte per il singolo elemento caratterizzante il fatto storico di reato.

²⁰⁰ Vedi per alcune puntuali osservazioni sul punto E. Pessina, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1906, vol. III, 3 ss.

rire l'infinità delle articolazioni della realtà concreta²⁰¹. Nell'ovvia impossibilità di procedere in tal modo, il legislatore ha finito, dunque, con il conferire al giudice il compito di individuare gli elementi in concreto "significativi", diversi ed ulteriori rispetto a quelli essenziali, dalla presenza dei quali far dipendere la determinazione della pena all'interno della cornice edittale. In sintesi: discrezionalità giudiziaria nel momento di misurazione della pena significa, pertanto, apertura alla commisurazione giudiziale.

Alla luce delle precisazioni mosse, è evidente come commisurazione legale da un lato e commisurazione giudiziale dall'altro siano concetti e soluzioni fra loro in tensione ma *non* in opposizione. Più aumentano le istanze di commisurazione legale della pena, più quelle di commisurazione giudiziale si ridimensionano operando così la discrezionalità all'interno di margini sempre più angusti e ristretti. Viceversa, più le istanze volte a valorizzare l'opera di commisurazione giudiziaria avanzano, più – di converso – quelle tendenti a irrigidire il sistema attraverso presunzioni dosimetriche si rarefanno. Si tratta, pertanto, di un problema di «equilibrio» non sempre facile i cui estremi commisurazione legale assoluta e commisurazione giudiziale pienamente arbitraria sono da rifuggirsi. L'equilibrio fra le due istanze appare costituzionalmente imposto e fondato proprio sui principi di legalità e proporzionalità della pena. Come visto, infatti, lo stesso pensiero illuminista contempla le due esigenze senza negare la necessità (ineludibile per quanto il più possibile da circoscrivere e contenere) di riservare al giudice l'ultima parola nel processo di individualizzazione della pena. Il complesso tema della misurazione della pena si viene oggi, pertanto, a caratterizzare per l'alternanza di momenti «commisurativo-legali» e momenti «commisurativo-giudiziali». La valorizzazione dell'uno o dell'altro aspetto finisce con il dipendere dalle concrete riforme legislative di volta in volta introdotte e, quindi, in definitiva dalla concezione "politica" dominante in un dato periodo storico.

E' d'uopo, infine, osservare che la cosa che desta "sgomento", non è tanto la sussistenza²⁰² di un rapporto tensivo fra legalità e discrezionalità nella tematica della misurazione della pena, quanto piuttosto l'essersi le suddette diverse istanze accumulate in maniera irrazionale, andando a caratterizzare tutta una serie di istituti che nelle reciproche interrelazioni cercano in definitiva di vanificarsi a vicenda, delineando inevitabilmente un sistema caotico e pregno di disequilibri logici.

Ebbene, il rapporto che abbiamo provato a chiarire nelle sue premesse definitivo-concettuali non può essere veramente compreso se non in chiave storica.

²⁰¹ In tal senso vedasi le puntuali osservazioni di Bricola, in F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 99. Il quale sottolinea proprio «l'impossibilità per il legislatore di fissare in forma astratta i differenti significati di valore o di disvalore del fatto, tali da condizionare un certo trattamento giuridico-penale, nonché i differenti tipi criminologici capaci di realizzare in concreto la fattispecie legale. Contro questa impossibilità sono destinate a cozzare tutte le proposte dottrinali di affiancare alle fattispecie legali oggettive una tipologia soggettiva, in maniera da ridurre o neutralizzare il potere discrezionale del giudice. La tipizzazione coglierebbe, infatti, solo alcuni possibili frammenti della variabile significatività che il caso concreto può esprimere».

²⁰² Pertanto del tutto naturale.

L'evoluzione storica del pensiero e della normazione in punto di misurazione della pena e di circostanze del reato non sarà, tuttavia, nella presente trattazione ripercorsa in maniera analitico-descrittiva, dal momento che l'operazione richiederebbe una più ampia trattazione, ma ancor prima perché la riteniamo essere al contempo inutile e fuorviante se non opportunamente temporalmente circoscritta e funzionalmente orientata²⁰³. Ciò che interessa è, infatti, comprendere e delineare in ottica storica alcuni centrali aspetti che attengono all'istituto delle circostanze proprie e più in generale alla problematica della misurazione della pena. Più precisamente, è fondamentale capire: a) se la tipicità, quale connotato di solito riconosciuto precipuo delle circostanze proprie²⁰⁴, si confermi tale anche ad una verifica storica; b) se la compresenza, caratteristica della vigente normativa, di circostanze proprie e improprie²⁰⁵ - con il connesso problema del rapporto intercorrente fra di esse, che abbiamo già accennato costituire un passaggio nodale della trattazione dogmatica -, rappresenta una *costante* nell'atteggiarsi dell'istituto o non piuttosto la *stratificazione contingente* di due distinti modi di concepire, sul piano politico-legislativo, i problemi della misura della pena; c) se il termine circostanza, nella sua accezione originaria, ha inteso contraddistinguere le cause di modificazione della pena edittale o, invece, i fattori di commisurazione giudiziale; d) se la tensione definita come "problematica" fra legalità e discrezionalità e, quindi, fra esigenze di «commisurazione legale» e «commisurazione giudiziale» della pena sia realmente presente nella attuale disciplina dell'istituto delle circostanze e, se sì, se la sua presenza sia per così dire "naturale" ed "indefettibile" oppure frutto di una disciplina incoerente.

Un approccio investigativo di tipo evolutivo storico per linee essenziali ci conferisce, infine, la possibilità di individuare - sul piano astratto - i macro-modelli che caratterizzano il rapporto legalità-discrezionalità nella «teoria generale della commisurazione della pena» e che hanno, peraltro, avuto pressoché tutti una precisa concretazione storica²⁰⁶. L'evoluzione avutasi nel corso dei tempi consente di comprendere, peraltro, talune sfasature che si possono verificare nella costruzione del sistema e può gettare luce sulla funzione dell'istituto.

Ebbene, il profilo storico non costituisce il fulcro centrale della nostra indagine, ma si offre solo quale binario per verificare se l'odierno assetto della materia costituisca veramente il passaggio ultimo di un'evoluzione progressiva, unitaria ed armonica dell'istituto (nel qual caso ogni tentativo di soluzione dei problemi ancora presenti potrebbe anche essere ricercato solo in un'opera ulteriore di approfondimento e/o affinamento del sistema vigente); ovvero se tutto ciò non sia, invece, espressione della sedimenta e contingente stratificazione di tutta una serie di elaborazioni teoriche e di sovrastrutture concettuali che proprio perché retaggio di un diverso modo di con-

²⁰³ Vedi in tal senso, fra tutti, G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 19.

²⁰⁴ Cfr., per tutti, A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 55 s. e 80.

²⁰⁵ Per la formulazione della distinzione fra circostanze proprie (o esterne) e improprie (o interne) v., per tutti, P. Nuvolone, *Les circonstances aggravantes*, cit., 606 s. ed i primi paragrafi del presente studio.

²⁰⁶ Più precisamente, la suddetta analisi sarà effettuata nel capitolo 4 dedicato appositamente alla problematica analisi della tensione fra legalità e discrezionalità nell'istituto delle circostanze del reato.

cepire i problemi connessi alla misura della pena, possono essere annoverate fra le cause delle molte difficoltà che ancor oggi si riscontrano in sede di ricostruzione dogmatica dei corrispondenti presupposti di teoria generale del reato e della pena²⁰⁷.

Lo studio ci consegnerà, infine, quelle che riteniamo essere le problematiche centrali e di fondo all'istituto delle circostanze del reato e che una volta impostate dovranno fungere da chiavi di lettura dell'intero sistema: le porteremo, così, dietro per l'intera trattazione.

2.1.4.1.1 Epoca romana, età di mezzo e primo-illuminismo giuridico: un progressivo affinamento della concezione e disciplina delle circostanze del reato o diversi modelli di concepire la misurazione della pena?

Entrando nel vivo dell'analisi, e' d'uopo fin da subito osservare come la «commisurazione della pena» fosse stata concepita inizialmente²⁰⁸ come un momento *unico*. Non si distingueva, infatti, fra commisurazione *in senso stretto* e *in senso lato*. Il giudice poteva, quindi, spaziare sia all'interno della scelta numerico-valoriale espressa dal compasso edittale legislativamente definito, sia con efficacia incisiva sugli stessi margini minimo e massimo. Lo stesso elemento in tale ottica acquisiva, dunque, una duplice possibile significanza, a seconda della sua concreta intensità di manifestazione e, quindi, capacità modificativa. Se, infatti, l'«elemento circostanziente» avesse assunto nella sua concretizzazione fenomenica una pregnanza di tipo «ordinario» que-

²⁰⁷ Cfr. A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 56. Il quale osserva come spesso quelle premesse storiche talvolta apposte alle trattazioni monografiche di determinati istituti sono del tutto superflue in quanto uno sfoggio di erudizione senza alcun riflesso diretto sulle questioni concretamente dibattute. V. in tal senso anche F. Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, 1979, 65; G. de Vero, *Le circostanze del reato*, cit., 17.

²⁰⁸ Il riferimento è qui all'epoca imperiale romana v. per tutti soprattutto le indicazioni di Ferrini, C. Ferrini, *Diritto penale romano*, cit., 314 ss. (poi riprese e sviluppate, in C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, vol. I, Milano, 1905, 128 ss). Più precisamente, sul piano normativo gli spunti più significativi furono rintracciati in uno specifico frammento del Digesto (D. 48, 19, 16), la cui paternità, pur oggetto di recenti critiche e perplessità, è stata solitamente fatta risalire all'opera del giureconsulto Claudio (o Venuleio) Saturnino. Il brano elencava, innanzi tutto, quattro possibili forme di realizzazione di una condotta penalmente illecita: «*Aut facta puniuntur, [...], aut dicta, [...], aut scripta, [...], aut consilia, [...]*», ed aggiungeva subito dopo: «*haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loco tempore qualitate quantitate eventus*». Come sarà chiaro fu proprio grazie all'avvento della c.d. *Cognitio extraordinem* (o *extraordinaria cognitio*). Come noto era, infatti, questa la procedura che venne ad aggiungersi – per poi soppiantarla definitivamente – alla precedente *ordo iudiciorum publicorum*, e che si caratterizzò soprattutto per il fatto di avere comportato l'attribuzione agli organi giudicanti (ed in particolare, al senato ed al principe) di una esplicita potestà di modificare le pene normalmente irrogabili: sia per i delitti previsti dalle precedenti *leges iudiciorum publicorum*, normalmente sanzionati con pene fisse, che per i nuovi *crimina extraordinaria*, «si formò così una consuetudine, che determinava gli aggravamenti e le attenuazioni in base alle peculiari circostanze dei casi individuali, e in relazione ai mezzi, al tempo, al luogo del delitto, e alla persona del delinquente dell'offeso». Cfr. in tal senso V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, V ed., vol. I, Torino, 185. Più dettagliatamente sul punto vedasi B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989, 112 ss. (ma vedi anche 98 ss.).

sto avrebbe prodotto i propri effetti al solo interno della cornice edittale. Ove, viceversa, avesse questo dimostrato un peso caratterizzante di tipo “straordinario” ed “eccezionale”, avrebbe potuto incidere sulla previsione legislativa edittale rompendone i margini. Al giudice sarebbe stato così concesso di assestare la pena finale al di là di questi. In definitiva, si riteneva che *quel* fatto storico di reato ove avesse rivelato una *eccezionale e straordinaria* gravità o tenuità, esprimesse un’offensività ed un conseguente disvalore non sussumibile all’interno della forbice edittale e ciò poichè quest’ultima sarebbe espressiva di un modello (sul piano astratto e tipico) *ordinario e normale*. In tale ottica, dunque, la forbice edittale dovrebbe essere in grado di ricomprendere tutti quei fatti concreti di reato espressivi della sua ordinaria fenomenologia. L’eccezionalità e la straordinarietà non potrebbero, pertanto, trovare un inquadramento legislativo in termini astratti e predeterminati e, quindi, sarebbero “apprezzabili” dal solo giudice in relazione al caso concreto²⁰⁹. Si comprende bene, alla luce delle osservazioni sopra esposte, come la tematica della misurazione della pena - nell’impostazione teorica in esame - assuma più che i connotati di un’indagine legislativa e giudiziaria di tipo «parcellizzato», quelli di una investigazione «complessiva» e «generalizzata». Infatti, più che incentrarsi sull’analisi di ogni singolo “elemento circostanziante” cogliendone lo specifico apporto valoriale/disvaloriale al fine di verificarne o meno la riconducibilità nell’alveo della casistica di manifestazione per così dire normale ed ordinaria, il giudice viene chiamato a compiere un giudizio complessivo sul fatto storico di reato al fine di verificarne o meno l’eccezionalità e la straordinarietà disvaloriale. In tale ottica il potere giudiziario viene dotato di una facoltà modificativa (*rectius* rifondativa) delle pene pressoché *assoluta* ed il momento commisurativo diviene *unico*. Le circostanze nell’impostazione in esame non assumono in realtà grande rilievo sul piano legislativo. Non esistono, infatti, elenchi più o meno articolati e/o tassativi di circostanze del reato, ma il tutto si riduce ad un unico concetto di “circostanza” che è “potere commisurativo giudiziario” e che può prescindere da ogni limite legale. Pressoché del tutto assente risulta, poi, il canone della tipicità. In conclusione sul punto, è d’uopo osservare che la «commisurazione giudiziale» assume un ruolo decisamente protagonista. La «commisurazione legale», invece, rimane del tutto residuale ed in secondo piano, esaurendo i propri effetti nella sola determinazione dell’estensione della forbice edittale. Ebbene, in questo caso la tensione fra istanze legalitarie e discrezionalità giudiziaria si fa (al contrario delle apparenze) particolarmente aspra ed acuta dal momento che non viene raggiunto alcun equilibrio: le une istanze (quelle della commisurazione giudiziale) finiscono con il predominare nettamente sulle altre (quelle di commisurazione legale).

²⁰⁹ In tale ottica, l’“elemento circostanziante” diviene un concetto del tutto generico, ampio e coincidente con quello di “elemento di commisurazione della pena”. L’unico, vero termine di misurazione della pena cui deve tenere conto il giudice è il fatto storico di reato e la sua concreta realtà disvaloriale. La previsione legislativa della forbice edittale rappresenta un indice da doversi disattendere ove non rispecchi l’offensività discrezionalmente apprezzata dal giudice in relazione al singolo caso concreto.

Il principio - già fissato (nei termini anzidetti) dal diritto romano in epoca imperiale - per cui nei delitti «*consideranda sunt ... causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventus*»²¹⁰, venne riassunto e svolto dal diritto canonico²¹¹, sotto l'influenza della teologia morale, nella quale esso rimase compreso fino al secolo XII. Si deve principalmente a S. Tomaso D'Aquino l'enucleazione del criterio che per giudicare un fatto umano occorre tener conto di tutte le circostanze in cui fu compiuto, secondo la nota formula: «*quis, quid, quibus auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, circa quod*»²¹². E Papa Alessandro III, riferendosi particolarmente ai fatti repressi dalla legge penale, affermò che «*in excessibus singulorum non solum quantitates et qualitas delicti, sed aetas, scientia, et sexus atque conditio delinquentis sunt attendendo; et non solum predicta, sed secundum locum et tempus, quod delictum committitur, unicuique poenitentia debet indici, quum ... idem excessus magis sit in uno quam in alio puniendus*»²¹³. E' necessario, tuttavia, osservare che neppure nell'"età di mezzo", ispirata al diritto canonico, si approdò ad una netta separazione fra i due momenti della commisurazione in senso stretto e in senso lato. Rimaneva conseguentemente inavvertita la necessità di distinguere le circostanze proprie dalle circostanze improprie. Infatti, sebbene si cominci ad affermare la necessità di redigere veri e propri elenchi di "elementi circostanzianti", capaci di incidere sulla graduazione della pena, le circostanze rimangono pur sempre affidate alla "potestà plasmatrice" del giudice, dal momento che non costituiscono un *numerus clausis* vincolante, quanto piuttosto strumenti di «generico ausilio» all'attività valutativa del giudice. Ancora una volta, dunque, il problema della misurazione della pena vede il proprio fulcro centrale nell'opera giurisdizionale ed i piani commisurativi in senso stretto e in senso lato rimangono, per così dire, sovrapposti, sebbene lo sforzo legislativo di tipizzazione rappresenti il primo seme di quell'apertura alle istanze di commisurazione legale della pena che caratterizzerà i secoli successivi²¹⁴. In conclusione - prima di procedere con l'analisi degli apporti alla tematica della misurazione della pena offerti dal periodo illuministico e *post*-illuministico - i caratteri essenziali dell'esperienza storica così sinteticamente e per punti ripercorsa appaiono essere i seguenti. 1) Assenza di una distinzione fra commisurazione in senso stretto e commisurazione in senso lato. Il momento commisurativo della pena è avvertito come un'operazione sostanzialmente *unica*. Il concetto di "circostanza" presenta, infatti, i caratteri della genericità ed atecnicità, come tale idoneo a ricomprendervi sia le circostanze proprie che quelle improprie. Il legislatore non definisce a priori ed in via

²¹⁰ L. 16, § 1, D. 48, 19.

²¹¹ C. 19, D. I, *de poenit.*; c. 6, X, *de homic.*, V, 12; c. 13 (Alex. III), X, *de poenit.*, V, 38.

²¹² S. Tomaso, *Summa totius theologiae*, I, p. II, q. VII, art. 1, 3.

²¹³ Decr. C. 6 (Alex. III), X, *de her.*, V, 12. I causisti e i canonisti trassero dalla teologia la distinzione delle circostanze in *aggravantes*, cioè «*augentes liberum arbitrium et peccatum*» e in *minuentes peccatum*.

²¹⁴ Le peculiarità del caso concreto (anche ove non risultato della tipizzazione normativa) possono, pertanto, condurre il giudice ad assetare la pena su livelli diversi da quelli editamente posti dal legislatore. La commisurazione giudiziale è avvertita ancora quale unica soluzione all'esigenza della misurazione della pena.

generale alcuni elementi capaci di incidere ed altri no sulla pena edittale: tutti presentano tale idoneità, e ciò dipende solo dalla loro concreta intensità di manifestazione. 2) Affermazione dell'esigenza, promanante dalla dottrina canonica, di tipizzazione degli "elementi circostanzianti" attraverso la predisposizione di specifici elenchi. Si trattava, tuttavia, di elenchi meramente indicativi e non tassativi. 3) Assenza della logica commisurativo-legale dalla misurazione della pena. Quest'ultima tematica viene, infatti, avvertita come un'operazione nelle sole mani giudice. Le istanze predominanti sono, pertanto, unicamente quelle di individualizzazione giudiziale della pena. 4) Assenza di uno studio e di una elaborazione «sistematica» della materia delle circostanze del reato. Gli "elementi circostanzianti" risultano essere degli istituti per lo più isolati e riconnessi a specifici delitti. La previsione di circostanze comuni – suscettibili come tali di combinazione generalizzata – risulta ancora essere, seppur cominciano a comparire sulla scena, in numero sparuto. Non sono, peraltro, corredate da una disciplina complessiva tale da dare vita ad un sistema a sé stante e risultano spesso formulate in maniera generica, con conseguente esaltazione (anche sotto tale diverso ed ulteriore profilo) della discrezionalità giudiziaria²¹⁵.

Ebbene, anche l'età di mezzo e le sollecitazioni offerte dalla dottrina canonica finivano con il delineare un sistema di misurazione della pena profondamente diverso da quello attuale, né erano ravvisabili i segni dell'elaborazione concettuale e dogmatica delle circostanze *tout court*. Solo successivamente, con l'affermarsi dell'illuminismo giuridico e delle prime codificazioni, cominciò, dunque, a delinearsi il volto attuale della disciplina della misurazione della pena, sebbene anche in questo caso è d'uopo sottolineare la presenza di due diversi momenti che definiremo *illuministico* e *tardo-illuministico*. Con l'illuminismo giuridico si pone, dunque, con assoluta centralità al pensiero giuridico-penale, quale componente della più generale istanza di legalità, il problema della misura della pena nella dialettica fra determinazione legale ed applicazione giudiziale. Pilastro inequivocabile attorno al quale ruota l'intera elaborazione è, come noto, rappresentato dalla subordinazione dell'arbitrio giudiziale alla sovranità della legge.

Ciò premesso, è d'uopo a questo punto procedere con il chiarire la distinzione sopra posta fra momento *illuministico* e *tardo-illuministico*. L'analisi storica, ma ancor prima giuridica, disgiunta fra i suddetti momenti – sebbene ad oggi non ancora elaborata in dottrina²¹⁶ – ci appare in realtà *imposta*. Infatti, all'interno

²¹⁵ Il riferimento è qui a quelle circostanze a costruzione «elastica» (diversa cosa sono, invece, le circostanze a variazione elastica) che rimettono cioè al giudice il potere discrezionale-valutativo di individuare gli estremi della sussistenza dell'elemento circostanziale in ordine ai suoi presupposti costitutivi. Basti porre mente, a titolo meramente esemplificativo, alla circostanza aggravata comune di cui all'art. 61 n. 7 c.p., oppure alla corrispondente circostanza attenuante *ex art.* 62 n. 4 c.p. Il danno patrimoniale di speciale gravità/tenuità non può che essere apprezzato dal solo giudice alla luce del singolo caso concreto seppur tenendo conto di parametri soggettivo-relazionali di tipo oggettivo.

²¹⁶ Neppure gli studi monografici più autorevoli ed acuti procedono, infatti, a compiere tale netta separazione di momenti all'interno dell'esperienza giuridica illuministica, periodo quest'ultimo spesso affrontato e considerato, dunque, in maniera unitaria. Vedi in tal senso A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit. e G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 17 ss.

dell'esperienza giuridica illuministica è possibile individuare un netto, quanto repentino, salto logico-normativo proprio in punto di circostanze del reato.

Negli esordi illuministi l'idea affermatasi in tema di "circostanze del reato" era, infatti, quella di una loro qualificazione non come fattori di modificazione delle comminatorie edittali (concezione questa odierna), ma quali criteri di affinamento di un processo commisurativo infraedittale. L'illuminismo giuridico penale, dunque, era tutto e solo teso verso la ricerca di una regolamentazione del potere di commisurazione giudiziale della pena all'interno delle comminatorie edittali, quale alternativa alla soluzione estrema di un rigido sistema di pene fisse dimostratosi impraticabile dopo l'esperienza del codice francese rivoluzionario. La funzione delle circostanze era, dunque, quella di orientare la pena all'interno della forbice edittale facendola ascendere o discendere secondo criteri predefiniti dal legislatore. Mosso, pertanto, dalla volontà di contenere quanto più possibile il potere (ineliminabile) dosimetrico giudiziario, il legislatore in un primo momento fissava per ogni singola fattispecie di reato una forbice edittale rigida, i cui termini estremi minimo e massimo dovevano essere del tutto inamovibili e successivamente predisponeva elenchi dettagliati e tassativi di circostanze comuni e speciali che avrebbero dovuto eteroguidare il giudice nell'attività commisurativa infraedittale. Si riduceva così progressivamente la latitudine delle cornici edittali ed al contempo il potere discrezionale giudiziario al suo interno. Interessante – proprio perché attuativa dei principi esposti – è l'analisi della codificazione austriaca del 1787 e del progetto di codice lombardo del 1791, fra i cui elaboratori – non a caso – vi era anche Cesare Beccaria. Procedendo con ordine, l'*Allgemeines Gesetz uber Verbrechen und derselben Bestrafung*, emanato da Giuseppe II, si proponeva di superare il sistema delle pene *arbitrarie* caratteristico dell'*ancien régime*²¹⁷ ed attuare il principio di legalità della pena. Pur tuttavia, nella realizzazione dei suddetti obiettivi, non si escludeva del tutto un margine di intervento per la discrezionalità del giudice. Si rifuggiva, infatti, da ogni soluzione "radicale" – adottata, invece, qualche anno più tardi dal codice della rivoluzione francese – che mirasse alla realizzazione di un assoluto automatismo nella irrogazione giudiziale della pena rispetto alla previsione legale²¹⁸. In particolare, le varie pene detentive temporanee venivano nel codice del 1787 organizzate in tre diversi livelli di durata, a ciascuno dei quali corrispondevano due differenti gradi di estensione. La determinazione legale della pena, attraverso l'indicazione per ciascun reato della specie, durata, e grado, perveniva così alla individuazione di un certo intervallo temporale, che spettava poi al giudice di concentrare definitivamente sulla quantità concreta attraverso la valutazione delle "circostanze del reato". In quest'ultimo senso si pronunciava espressamente il paragrafo 14 dello stesso codice. La disposizione *de qua*, infatti, da un lato obbligava il giudice ad osservare un giusto equilibrio fra il delitto e la pena

²¹⁷ Sulla "arbitrarietà" della pena nel diritto intermedio, in collegamento con la distinzione fra *crimina ordinaria* ed *extraordinaria*, v. G. Diurni, (voce) *Pena criminale (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 765 s.

²¹⁸ Cfr. A. Cavanna, *La codificazione penale*, cit., 251 s. Per taluni cenni generali sulla codificazione penale della Francia rivoluzionaria v. G. Ghisalberti, *Unità nazionale*, cit., 94 s. e 108 nota 16.

e di confrontare a questo fine tutte le circostanze e, dall'altro, delineava uno schema di circostanze indefinite, orientato sulla fondamentale distinzione fra fattori inerenti «al delitto» e «al delinquente», che presentava non poche analogie con il nostro art. 133 c.p. Il riferimento alle «circostanze del delitto e del delinquente» trovava, tuttavia, – e questo è il punto – collocazione nella fase di commisurazione giudiziale della pena²¹⁹. Quanto, poi, al progetto di codice lombardo occorre sinteticamente osservare come sebbene nell'ambito di una tecnica comminatoria più progredita di quella adottata dal codice austriaco - giacché il complicato sistema di rinvio alla *durata* ed al *grado* delle varie pene temporanee, predeterminati nella parte generale, veniva sostituito dall'esplicita menzione, per ciascuna norma incriminatrice, del minimo e del massimo edittale - le “circostanze del reato” continuassero a svolgere la propria funzione di misurazione in relazione alle sole operazioni di commisurazione in senso stretto. Si osservava, infatti, che «[l]a facoltà del Giudice nel prescrivere la pena è circoscritta dalla legge fra certi limiti, affinché egli abbia un esatto riguardo alle diverse circostanze del delitto e del delinquente»²²⁰; e che le circostanze del reato comuni o speciali fossero previamente fissate in appositi elenchi chiusi e tassativi e potessero svolgere i propri effetti al solo interno della forbice edittale prevista per ciascun reato²²¹.

In maniera sintetica e schematica è opportuno²²² delineare le caratteristiche fondamentali che l'istituto delle “circostanze del reato” presentava negli esordi illuministici. 1) Assenza di una distinzione fra i due momenti della commisurazione in senso stretto e in senso ampio. L'istituto si risolve, infatti, quasi del tutto in un autentico strumento di commisurazione giudiziale della pena entro gli spazi edittali²²³. 2) As-

²¹⁹ Vedi sul punto A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, 246 ss. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 515 ss. Quest'ultimo Autore spiega, in particolare, i motivi in base ai quali non è, invece, possibile «ascrivere alla famiglia dei codici moderni», almeno sotto il profilo strutturale, la riforma della legislazione penale toscana, pure anteriore di un anno al testo austriaco (p. 548 s.). Sul codice penale Giuseppino, con ulteriori indicazioni bibliografiche, v. anche G. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari, 1979, 77 s. e 83 nota 29. H. Rüping, *Grundriiss der Strafrechtsgeschichte*, München, 1981, 72.

²²⁰ Così recita il par. 10 del Progetto, che prosegue disegnando uno schema di circostanze, inerenti «al delitto» e «al delinquente», ancora più ricco e articolato di quello già conosciuto dal codice austriaco.

²²¹ A. Cavanna, *La codificazione penale*, cit., 277 ss.; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 23 s.

²²² Così come effettuato per il periodo storico precedente e sempre nell'ottica di svolgere una ricognizione storica finalizzata alla soluzione delle tematiche sopra poste *sub a); b); c) e d)*.

²²³ Unico esemplare di circostanza propria è dato, almeno nella parte generale, dalla minore età: ai sensi del paragrafo 11 del Progetto di codice penale per la Lombardia Austriaca (riprodotto in A. Cavanna, *La codificazione penale*, cit., 277 ss.), tale condizione personale consente la riduzione del minimo edittale o addirittura la variazione del genere di pena. Naturalmente non mancano nella parte speciale fattispecie differenziate di determinate figure di reato, con distinte comminatorie, rispetto alle quali si potrebbe usare la moderna nozione di circostanze ad efficacia speciale. Occorre, dunque, precisare che quando alludiamo all'assenza di circostanze proprie intendiamo far riferimento ad un sistema di circostanze comuni, tipiche o indefinite, ma anche speciali a variazione di pena proporzionale. Anche perché la presenza di circostanze con variazione di pena indipendente od autonoma, in questa prima fase in cui vi era

senza di ogni tipo di distinzione fra *circostanze proprie* e *circostanze improprie*. Esistevano solo le prime e rappresentano queste un *numerus clausis* tassativamente e casisticamente predeterminato dal legislatore, con la precipua funzione di circoscrivere entro margini sempre più angusti la cornice edittale e, di conseguenza, il potere discrezionale del giudice. 3) Piena realizzazione delle istanze legalitarie volte al contenimento del potere giudiziario. Lo spazio edittale viene inteso non già quale incontrollato dominio dell'arbitrio giudiziale, ma come una scala graduata di sottofattispecie che il giudice deve portare in evidenza ai fini della individuazione della pena concreta. In tale operazione di approssimazione alla "concreta fattispecie" un ruolo centrale lo gioca anche il legislatore attraverso la positivizzazione casistica degli elementi circostanzianti. 4) Comincia a prendere corpo e sostanza²²⁴, affacciandosi con prepotenza ed incisività, l'idea di commisurazione legale della pena. La potestà commisurativa giudiziaria, seppur non eliminata da un sistema improntato all'automatismo - in quanto avvertito come liberticida e disegualitario -, era ritenuta "congenitamente indispensabile" per la realizzazione dei principi di proporzionalità e uguaglianza, veniva, tuttavia, avvertita e disciplinata come *residuale* e *subordinata* alle scelte politico-legislative in materia di misura della pena, che non potevano essere in alcun modo derogate. La logica illuministica sottolinea, dunque, una intima continuità fra i momenti della determinazione legale (delle forbici edittali), della commisurazione legale (delle circostanze improprie) e della commisurazione giudiziale (infraedittale), rimettendo al giudice il compito di fare avanzare un processo di individuazione della responsabilità penale non ulteriormente praticabile in sede legislativa.

2.1.4.1.2 Il tardo-illuminismo giuridico e le codificazioni del XIX e XX secolo. Verso l'affermazione dogmatica dell'istituto delle circostanze «proprie» e la loro operatività nella commisurazione della pena in senso lato

La rottura radicale con l'assetto fin qui delineato che per più di XX secoli non aveva conosciuto l'affermazione (se non del tutto sporadica e nelle forme della variazione di pena indipendente od autonoma) di un sistema (né tanto meno di una disciplina) di circostanze capaci di incidere sui margini edittali della pena, avviene agli inizi dell'800 in un periodo, quindi, *tardo-illuminista*.

Tale svolta "epocale" nello studio della misurazione della pena pone le proprie radici nella scuola napoletana e nel contributo offerto dal noto giurista ottocentesco Raffaelli²²⁵. Questi può propriamente definirsi un precursore del *code pénal* del 1810,

una completa assenza di una disciplina generale e peculiare delle circostanze del reato, in nulla, tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello della disciplina, si distinguevano da autonome figure di reato in rapporto di specialità con la fattispecie semplice-generica.

²²⁴ Potremmo dire a germinare il seme posto dalla dottrina canonica.

²²⁵ Vedi G. Raffaelli, *Nomotesia penale*, vol. IV, Napoli, 1826, 36 (riportato in S. Roberti, *Corso completo di Diritto Penale del Regno delle Due Sicilie secondo l'origine delle leggi penale*, vol. II, Napoli, 1833, 337 ss.). Per cenni biografici sulla figura e l'opera di Raffaelli, che nel 1801 ricoprì a Milano la cattedra di di-

anche se i suoi studi non appare abbiano avuto una influenza diretta sulla codificazione napoleonica²²⁶. Arrivando subito al punto nodale dell'impostazione in esame, è d'uopo osservare – e questo appare veramente singolare – come la cesura con il passato e, quindi, con un sistema che vedeva l'operatività degli elementi circostanzianti al solo interno del compasso edittale legislativamente fissato ed “inviolabile”, sia avvenuto per mezzo dell'istituto delle circostanze attenuanti a struttura indefinita, o meglio in forza delle *rationes ad esse sottese*. A queste viene, infatti, conferito il potere-effetto di sfondare il minimo edittale della singola fattispecie di reato semplice, fermo restando il massimo. In questa fase storica, dunque, l'interesse per le circostanze del reato si sposta improvvisamente. Abbandona la dimensione infraedittale e concentra la propria incidenza direttamente sui limiti edittali, anche se solo (in questo primo momento) in direzione attenuante. In tal senso si indirizzò – come sopra osservato - anche il codice napoleonico del 1810. Accanto ad un netto rifiuto per le pene assolutamente determinate in maniera fissa, si decide di abbandonare la visione e considerazione delle circostanze nel momento commisurativo infraedittale - come avevano, invece, fatto le prime codificazioni illuministe austriaca e lombarda²²⁷ - e se ne valorizza, invece, la capacità di produrre una riduzione «straordinaria» di pena, al di sotto cioè del minimo edittale. Il giudice si trova così ad affrontare spazi edittali di notevole latitudine senza poter contare su di un catalogo di circostanze comuni (improprie) predeterminato. Tramonta, dunque, l'istanza illuministica di disciplina e razionalizzazione dell'*arbitrium iudicis*, in stretto collegamento con gli atteggiamenti concreti delle componenti oggettive e soggettive dell'illecito, anche se tale necessità è destinata a riproporsi nel secolo successivo, con un crescendo di iniziative legislative e, soprattutto, di un rinnovato interesse della dottrina, seppur nella consapevolezza di non poter dare vita ad un sistema chiuso e tassativo. La nozione di «circostanze» non scomparve, quindi, del tutto dal codice napoleonico, ma veniva relegata in una disposizione, per così dire, “finale” e “di chiusura” del sistema e che nel contesto originario del complesso normativo aveva un rilievo sicuramente secondario: le attenuanti generiche. Eppure costituisce questo il primo seme di una pianta destinata in futuro a svilupparsi prepotentemente, anche se con andamento alterno e accompagnata dai contrastanti umori della dottrina²²⁸. L'art. 463 del *code pénal* del 1810, di-

ritto pubblico già tenuta dal Beccaria, si veda la corrispondente voce in *Nss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 754 ss.

²²⁶ I cui risultati in tema di circostanze del reato e di loro efficacia rimodulativa dei limiti edittali si possono dire autonomamente raggiunti.

²²⁷ La mancata riproduzione di norme similari al paragrafo 14 del codice Giuseppino, o al paragrafo 10 del progetto di codice penale per la Lombardia Austriaca, denota, infatti, una precoce dissoluzione della funzionalità delle circostanze del reato, chiaramente espressa da codeste disposizioni, rispetto all'orientamento del potere discrezionale del giudice di irrogazione della pena concreta. Tuttora, nel codice penale francese, mancano disposizioni che disciplinino la commisurazione della pena all'interno dello spazio edittale “normale”. Vedasi in tal senso E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 32 nota 24; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 27.

²²⁸ Che al codice napoleonico debba farsi risalire il primo esempio, nell'età delle codificazioni, di riduzione straordinaria della pena a carattere discrezionale è riconoscimento comune. Sembra discostarsene A. Quintanos Ripolles, *Comentarios al Código Penal*, ed. II, Madrid, 1966, 193., secondo cui il merito “stori-

veniva, dunque, l'istituto preposto a svolgere una funzione di tipo residuale e finale, che consentiva di adeguare la pena a fatti di reato «straordinari» ed «eccezionali» per i quali neppure il minimo edittale (legislativamente accordato dalla fattispecie) era in grado di essere proporzionato. Da unica disposizione circostanziale propria (salvo come detto quelle ad efficacia speciale previste per i singoli reati) le circostanze attenuanti generiche furono, poi, affiancate da ulteriori elementi circostanzianti attenuanti, sempre con efficacia incisiva sulla pena edittale minima.

La *ratio* «sostanziale» che ha condotto all'elaborazione della categoria delle circostanze *proprie* è stata, dunque, quella di far fronte a casi di *straordinaria* ed *eccezionale* tenuità che, come tali, non potevano – se non concretando un vero e proprio *vulnus* ai principi di proporzionalità ed uguaglianza, che dovevano pacificamente guidare la misurazione della pena – essere ricondotti nell'alveo sottotipologico/disvaloriale espresso dalla cornice edittale del singolo reato. Irrogare, pertanto, ad un soggetto che avesse posto in essere un fatto di reato sì tipico antiggiuridico e colpevole, ma di eccezionale e straordinaria tenuità offensiva (rispetto all'ipotesi base) anche il solo trattamento sanzionatorio minimo (una pena cioè quantificata nel minimo edittale), avrebbe rappresentato una inammissibile ingiustizia. Ciò posto, si rendeva necessario predisporre un sistema, il *meno tassativo* possibile, che permettesse al giudice di rompere l'argine edittale inferiore della cornice e assestare la pena al di sotto di questo. Al caso facevano proprio le circostanze (*proprie*) attenuanti indefinite.

Accanto ad una *ratio* di tipo sostanziale (in realtà spesso rimasta nell'ombra) se ne è, tuttavia, tradizionalmente individuata anche una, meno nobile, di tipo *politico*. La *ratio* «politica», già evidenziata nelle prime osservazioni dottrinali dell'epoca, veniva (e viene tutt'ora²²⁹) ravvisata nella necessità di calmierare gli effetti che si sarebbero prodotti dall'invecchiamento (spesso precoce) delle comminatorie legali²³⁰. Ove, infatti, la prassi giudiziaria avesse cominciato ad avvertire i compassi edittali non più opportunamente “calibrati” al disvalore (socialmente) espresso dalle manifestazioni fenomeniche del singolo reato, avrebbe potuto/dovuto, senza doversi aspettare l'opera farragginosa e lenta del legislatore²³¹, rimodulare – verso il basso – la pena minima irrogabile. Così normando il legislatore finiva con lo scaricare sul giudice la responsabilità/compito di abbattere i minimi edittali, non essendo in grado di

co” di avere introdotto le attenuanti generiche, in opposizione ad un rigido legalismo, spetterebbe al primo codice penale spagnolo del 1822. Probabilmente la spiegazione di questa asserzione va cercata nel fatto che, nell'ordinamento francese, soltanto a partire dal 1832 le *circostances atténuantes* furono estese ad ogni ipotesi criminosa, assumendo così portata generale. Cfr. L. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, ed. VIII, Buenos Aires, 1978, 448.

²²⁹ Vedasi in tal senso nel proseguio in particolare il capitolo 4.

²³⁰ Le cornici edittali, espressione numericamente tradotta e legislativamente riconosciuta del disvalore minimo e del massimo della singola che una specifica fattispecie di reato presenta in un determinato momento storico, avrebbero potuto, infatti, con il passare del tempo “invecchiare”, nel senso che si sarebbe potuta rilevare inadeguata (per eccesso) a fronteggiare il diverso giudizio di disvalore che la società stessa avrebbe avvertito.

²³¹ Ove questa peraltro si fosse avuta, non essendo affatto detto, infatti, che il legislatore riesca a trovare la “forza politica” per farlo, anche perché operazioni queste spesso elettoralmente parlando non fruttifere.

procedere ad una modificazione delle singole previsioni di pena. Le circostanze proprie in tale ottica si convertono, dunque, in strumenti di politica penale giudiziaria, acquisendo una funzione ed un ruolo profondamente diverso da quello individuato, invece, dalla *ratio* sostanziale che ne aveva animato – quantomeno nella prospettiva dottrinale del pensiero *tardo*-illuminista e della scuola napoletana – l'elaborazione. Anzi, la funzione che vengono così ad assumere le circostanze proprie risulta del tutto *antitetica* rispetto a quella originariamente individuata. L'opportunità politica sottesa all'introduzione nel sistema delle circostanze attenuanti indefinite tende, infatti, ad onerare il giudice di un ruolo politico *fisiologicamente ordinario*, nel senso che prima o poi pressoché tutte le fattispecie di reato, stante lo scorrere diacronico del tempo ed il mutare del sentimento sociale di disapprovazione nei confronti delle condotte offensive alla loro base²³², avrebbero dovuto essere rimodulate nei loro margini edittali²³³.

Del tutto diversa è, invece, la *ratio* «sostanziale» sottesa al sistema delle circostanze proprie (coincidente - lo ribadiamo - in questo primo momento con le sole circostanze attenuanti indefinite). Questa conferisce, infatti, al giudice un potere *fisiologicamente straordinario*. Lo sfondamento del minimo edittale della pena sarebbe, infatti, dovuto/potuto avvenire solo in casi di *eccezionale tenuità disvaloriale* e cioè in ipotesi che, seppure tipiche di reato, nella loro concretezza fenomenica si fossero contraddistinte per la presenza di elementi “straordinari”²³⁴ che conferiscono al fatto un disvalore non sussumibile²³⁵, all'interno delle sottotipologie di cui la cornice edittale è espressione.

Il codice penale Zanardelli del 1889 si può perfettamente collocare nell'ottica fin qui ripercorsa. La prima codificazione penale del Regno d'Italia, di chiara matrice napoleonica, si disinteressava, infatti, pressoché completamente della commisurazione (legale) infraedittale. La quantificazione della pena base fra il minimo ed il massimo stabilito dal legislatore per ogni singola fattispecie di reato, veniva, dunque, avvertita quale prerogativa esclusiva del giudice. Questi non poteva né doveva essere in qualsiasi modo “intralciato” ed “eteroguidato” nell'alto compito. Le istanze legalitarie nel momento commisurativo in senso stretto apparivano, pertanto, “nocive” e “distorsive” di quella complessa operazione quantificatoria volutamente rimessa alla *sensibilità* del giudice. L'interprete era, infatti, il solo soggetto a trovarsi a diretto contatto con le peculiarità concrete del fatto di reato e, quindi, l'unico a poterne apprezzare l'effettiva intensità disvaloriale, graduandone conseguentemente il *quantum* di pena. Le circostanze del reato vengono, dunque, espulse dalla commisurazione infraedittale e vengono fatte giocare nella fase della commisurazione della pena in

²³² Stante anche la mutazione delle modalità offensive stesse con la modernità dei mezzi utilizzati ed il mutamento delle situazioni prese a paradigma.

²³³ Ovviamente si avvertiva come problematico il solo margine massimo. Salvo forse determinati reati emblematici quali quello di omicidio, furto, rapina e pochi altri.

²³⁴ Con conseguente obbligo del giudice in punto di motivazione.

²³⁵ Perché non considerato, né astrattamente considerabile, pena la costruzione di forbici edittali eccessivamente elastiche con conseguente rischio di perdita del tipo-disvaloriale di cui il reato è espressivo.

senso lato. Viene cioè accordata loro una possibile efficacia esterna ai limiti edittali. Il fulcro del sistema delle circostanze proprie risiede poi nella disposizione di cui all'art. 59 del codice penale e cioè nelle attenuanti indefinite a cui viene accordata una variazione di pena in termini fissi. E' d'uopo, infine, sottolineare come il codice Zanardelli si sforzi di dare una, seppur ancora piuttosto embrionale, disciplina generale e sistemica delle circostanze del reato, specie in punto di concorso omogeneo ed eterogeneo²³⁶.

Ancora una volta particolarmente significativa e di ausilio per una chiara comprensione, risulta l'individuazione schematica e per punti delle caratteristiche e peculiarità principali rassegnate dall'elaborazione *tardo*-illuminista in punto di circostanze del reato e più in generale in ordine al sistema della misurazione della pena. 1) Si introduce per la prima volta la distinzione fra commisurazione in senso stretto e commisurazione in senso lato e quest'ultima viene attuata attraverso l'introduzione delle circostanze proprie. 2) Il legislatore manifesta un disinteresse pressoché totale per la commisurazione infraedittale, la quale viene affidata alla discrezionalità (qualitativa) del giudice. L'unico limite che viene fissato è, per così dire "esterno": è rappresentato cioè dalla previsione di margini edittali entro cui il giudice si deve muovere per l'individuazione della pena-base. 3) Le circostanze del reato non scompaiono dalla scena ma mutano il proprio fulcro di incidenza. Da un'operatività meramente infraedittale vengono fatte reagire direttamente sui margini edittali. 4) Le circostanze «proprie» nascono come *comuni, indefinite, attenuanti* e con una variazione di pena proporzionale *fissa*. Il tutto in ossequio ad una *ratio* tanto «sostanziale» quanto «politica». 5) Le circostanze del reato realizzano, infine, un'importante delega da parte del legislatore al giudice nella rimodulazione, seppure sempre in termini attenuanti, del trattamento sanzionatorio stabilito per le singole ipotesi di reato. Il giudice acquisisce così un ruolo «politico» di intermediario fra le istanze sostanziali promananti dai consociati, nel momento in cui quest'ultimi avvertono che la cornice edittale stabilita per un determinato fatto di reato non è più proporzionata al disvalore di cui è espressione.

Ebbene, alla luce delle caratteristiche sopra evidenziate *sub 1), 2), 3), 4) e 5)*, è d'uopo riflettere su quale sia il "vero" significato del neo-forgiato istituto delle circostanze proprie (quantomeno nella loro struttura e disciplina originaria). Quale l'intimo "perché" della loro elaborazione e gli effetti sul piano della misurazione della pena da questi prodotti. Ma ancor più precisamente occorre chiedersi – e questo è il punto nodale – se le circostanze *proprie* presentano veramente alla loro base una funzione di contenimento del potere commisurativo giudiziario, indirizzando così il sistema verso l'inveramento delle istanze legalistiche nella misurazione della pena²³⁷. Tendono davvero a realizzare una quanto maggiore possibile commisurazione legale

²³⁶ Propendendo per il calcolo aritmetico *tot* circostanze di reato integrate, *tot* aumenti o diminuzioni di pena. Era, dunque, estranea alla logica del codice Zanardelli il ricorso in caso di concorso eterogeneo di circostanze il richiamo ad un giudizio (altamente discrezionale) di sintesi valoriale.

²³⁷ Così come era stato realizzato dalle circostanze improprie.

della pena con conseguente circoscrizione della discrezionalità quantitativa e qualitativa giudiziaria?

La risposta a tali problematiche diverrà la “chiave di lettura privilegiata” delle successive novelle legislative, nonché dei diversi assetti di disciplina di volta in volta accordati all'istituto²³⁸.

E' giunto il momento di sfatare un “mito”.

In realtà così come originariamente strutturate²³⁹ le circostanze del reato nascono con l'obiettivo di *esaltare* il potere discrezionale del giudice, conferendogli la facoltà di rompere la cornice editale della fattispecie ed assestare la pena al di sotto del minimo editale. Un potestà discrezionale di tipo *qualitativo*, dunque, poiché si consente al singolo giudice di mettere in discussione la stessa scelta dosimetrica astrattamente effettuata dal legislatore. Più precisamente gli si attribuisce così un potere *para-politico*, sebbene non possa dirsi arbitrario, e *legibus solutus*, dal momento che il legislatore predispone pur sempre un limite legalistico all'esercizio dello stesso. La variazione della pena al di sotto del minimo editale non potrà, infatti, mai spingersi oltre una determinata entità fissata in maniera proporzionale.

La riflessione non può, tuttavia, dirsi pienamente compiuta, dal momento che le cose risultano essere ben più complesse rispetto a come le abbiamo appena rappresentate.

Sebbene, infatti, la «matrice di fondo» all'istituto delle circostanze del reato è rappresentata dall'esaltazione del momento commisurativo giudiziale²⁴⁰, contemporaneamente (e solo in apparenza in maniera contraddittoria²⁴¹) si ha la valorizzazione di alcuni momenti improntati alla chiara commisurazione legale. Se da un lato, infatti, i connotati della genericità-indeterminatezza e della variazione proporzionale della pena corroborano il ruolo valutativo-discrezionale del giudice, dall'altro l'oscillazione in termini fissi e l'apposizione di un tetto massimo al di sotto del quale non è consentito scendere rappresentano tecniche di disciplina a tutta evidenza valorizzatrici delle contrapposte esigenze di commisurazione legale. Il legislatore - e ciò soprattutto con il sistema di variazione proporzionale fissa della pena quale quello predisposto dal codice Zanardelli²⁴² - realizza, infatti, una importante quanto problematica operazione. Stabilisce lui, in termini *presuntivi* ed *astratti*, la capacità incisiva sul piano numerico (ma anche valoriale) del singolo elemento circostanziale,

²³⁸ Con particolare riferimento ed interesse alla codificazione del 1930 e alle novelle del 1944, del 1974 e del 2005, 2008 e 2009.

²³⁹ Sul piano della loro disciplina.

²⁴⁰ Si voglia per le ragioni sostanziali o politiche sopra ripercorse in maniera diffusa ed analitica.

²⁴¹ Si è, infatti, osservato come «commisurazione giudiziale» della pena e «commisurazione legale» siano concetti antitetici ma ben compatibili e, seppur non sempre agevolmente, questi possono (anzi devono - stante il rigetto per le soluzioni totalizzanti) coesistere.

²⁴² Nella struttura originaria del sistema delle circostanze del reato la variazione proporzionale di pena era stata stabilita in maniera fissa. Vedi in tal senso Cfr. art. 56 codice penale Zanardelli secondo cui la diminuzione di pena in virtù delle generiche doveva essere pari ad un sesto della pena base.

inserendosi – si badi bene – nel cuore del momento commisurativo giudiziario²⁴³. Al giudice, pertanto, residuerebbe una discrezionalità in ordine all'*an* dell'elemento circostanziale generico²⁴⁴, viceversa la sua concreta quantificazione sarebbe operazione vietata all'interprete e gelosamente custodita nelle mani del legislatore.

Le circostanze del reato nascono, dunque, con l'intento di esaltare la discrezionalità giudiziaria conferendo al giudice la possibilità di oltrepassare il limite edittale. Il momento legalistico - che pure esisteva e i cui effetti commisurativi venivano fatti operare a partire da una entità numerica (*id est* la pena-base) che si colloca all'interno della cornice edittale e che rappresenta l'esito dell'attività commisurativa giudiziale, quasi come se l'opera del legislatore cominciasse laddove termina quella giudiziaria con la peculiarità che solo alla prima è, però, riconnessa la facoltà di violare il limite minimo edittale - doveva ritenersi sicuramente minoritario nell'impostazione *tardo*-illuminista, residuando nella fissità della variazione di pena.

2.1.4.1.3 Carl Stoos, l'esperienza dell'avanprogetto di codice penale svizzero del 1893 e la codificazione italiana degli anni trenta

Negli anni appena successivi all'introduzione delle circostanze proprie cominciò a prendere corpo un dibattito dottrinale sia a livello nazionale che europeo, che condusse le codificazioni di fine '800 e degli inizi del '900 verso un rapido e nuovo sviluppo nel senso della tipicità degli elementi circostanziali propri²⁴⁵, con il preciso

²⁴³ La variazione di pena proporzionale prende, infatti, le mosse dalla pena-base così come individuata discrezionalmente dal giudice all'interno dei limiti edittali. L'idea peculiare che si viene così ad introdurre è quella di prosecuzione dell'attività di commisurazione del giudice da parte del legislatore che non è, al contrario del primo, "ingabbiato" all'interno dei vincoli edittali.

²⁴⁴ E quindi, per meglio dire, della sussistenza di esigenze concrete che necessitano di assestare la pena sui livelli disvaloriali diversi da quelli ricompresi nella cornice edittale di pena.

²⁴⁵ Interessante risulta essere in tal senso il progetto Mancini del 1876, seppure anteriore alla codificazione del 1889 (che, peraltro, sul punto sostanzialmente ne disattendeva l'indirizzo). Questo testo che pure prevedeva la conservazione delle attenuanti indefinite con efficacia modificativa della cornice legale di pena, presentava due cataloghi di circostanze aggravanti e attenuanti tipiche (artt. 90 e 91 del progetto Mancini). Tuttavia, ad ulteriore testimonianza della permanente sensibilità degli ambienti penalistici italiani ai temi della commisurazione giudiziale della pena, esse venivano costruite, almeno in prevalenza, quali autentici criteri di individuazione dell'ammontare concreto della sanzione all'interno della cornice edittale. Il progetto prescriveva, infatti, - indubbiamente con eccessiva rigidità - che la presenza di un'attenuante o di un'aggravante dovesse determinare l'applicazione, rispettivamente, del minimo e del massimo edittale, mentre la quantità astratta di pena sarebbe rimasta modificata, di un grado, solo in caso di concorso di circostanze omogenee. Le circostanze del reato dovendo servire a «determinare con regole logiche ed uniformi in quali casi abbia ad applicare il massimo od il minimo consentiti dalla legge, nella cui latitudine intermedia soltanto dovrà spaziare la estimazione del giudice per casi ordinari» (così la relazione Mancini, riportata da B. Cocurullo, *Le circostanze*, cit., 13 s.), riaffermavano così ancora una volta la loro originaria vocazione a fungere da criteri di commisurazione della pena in senso stretto; e, per di più, il loro avviarsi sulla strada della tipicità veniva ad anticipare uno dei più discussi temi dell'odierno dibattito in materia, appunto l'opportunità o meno della precisa caratterizzazione in sede legale dei criteri fattuali di commisurazione. Cfr. sul punto U Conti, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in P. Cogliolo, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, vol. I, pt.

obiettivo di perfezionare così il sistema di riduzione «straordinaria» della pena, imperniato, come detto, sull'indeterminatezza delle attenuanti.

Di estremo interesse, in questa prospettiva, risulta essere la soluzione contenuta nell'avanprogetto di codice penale svizzero, elaborato nel 1893 da Carl Stoos, le cui disposizioni in materia di circostanze del reato sono state puntualmente recepite nel testo definitivo²⁴⁶. Lo Stoos si mostrava consapevole del vizio di fondo che aveva caratterizzato la genesi delle attenuanti generiche, vale a dire la contingente necessità politico-legislativa di rimediare, per il tramite della discrezionalità giudiziale, a livelli sanzionatori non più sostenibili²⁴⁷. Ritenendo, peraltro, che proprio tale originaria distorsione aveva dato vita ad una ingiustificata pratica giudiziaria indulgenziale. Al fine di porre un argine a tale ingravescente situazione, ritenendo, comunque, sempre valido un sistema che prevedeva la possibilità per il giudice di impiegare pene più miti in presenza di effettivi atteggiamenti di minore gravità del reato, si riteneva opportuna proprio l'introduzione di un *catalogo* di attenuanti *tipiche*. La puntuale tipizzazione delle circostanze proprie avrebbe, infatti, "costretto" il giudice ad una loro considerazione nei termini legislativamente determinati. Peraltro, si optò per una struttura *facoltativa* del loro effetto modificativo della pena edittale e ciò allo scopo di evitare di dare ingresso alla più lieve previsione di pena, ogni volta che l'accadimento concreto, pur in presenza dello specifico profilo attenuante, avesse espresso per altri aspetti una complessiva fisionomia di ordinaria o addirittura rilevante gravità²⁴⁸. Di particolare interesse, in questa soluzione del problema della collocazione delle circostanze (ancora solo attenuanti) nella tensione fra commisurazione legale e commisurazione giudiziale della pena, è la singolare combinazione che si realizza fra *tipicità* e *discrezionalità*. Si badi bene: la facoltatività della variazione di pena edittale non è qui espressione di una incompletezza del paradigma normativo, nel senso che il legislatore rimette al giudice la definitiva individuazione di un valore attenuante solo parzialmente tipizzato; il momento discrezionale è, invece, funzionale al raccordo, di cui si avverte la necessità, tra il *singolo* fattore, assunto senza riserve come attenuante in via generale ed astratta e i *residui* elementi di concreta gravità del reato, che, valutati per la prima volta in sede giudiziale potrebbero sconsigliare di dare corso al consistente effetto modificativo riconnesso al primo. Dunque, nello stesso momento in cui si perfeziona l'efficacia "ultraedittale" delle circostanze comuni e, attraverso la tipizzazione, si pongono le premesse per la loro assimilazione in sede teorica ai veri e propri *gesetzliche Strafbestimmungsgründe* (le nostre circostanze ad efficacia speciale), questo profilo discrezionale assicura la permanenza di un canale di comunicazione con la commisurazione giudiziale della pena, alla quale del resto è

II, cit., 404 ss.; B. Cocurullo, *Le circostanze*, cit., 10 ss.; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 40 s.

²⁴⁶ Per un chiaro e pregevole approfondimento dell'opera del penalista svizzero, nell'evoluzione storica della dogmatica e della politica criminale, v. P. Kaenel, *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stoos im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrecht*, Bern, 1981, specialmente 106 s.

²⁴⁷ C. Stoos, *Motive zu dem Vorentwurf*, cit., 74.

²⁴⁸ C. Stoos, *Motive zu dem Vorentwurf*, cit., 74.

intitolata, tanto nell'avanprogetto quanto nel vigente codice svizzero, la *sedes materiae* del catalogo delle attenuanti. Si avvia così quel caratteristico intrecciarsi tra tipicità e discrezionalità che assumerà proporzioni vistose nell'attuale codice penale italiano, rendendo particolarmente problematico il compito di ricostruire sul piano dogmatico l'effettiva funzione rivestita dalle circostanze del reato, nell'instabile equilibrio fra commisurazione legale e commisurazione giudiziale della pena.

In questa situazione si innesta, appunto, con notevole forza propulsiva, il codice penale del 1930²⁴⁹. Il profilo innovativo che più immediatamente colpisce è dato dalle dimensioni veramente ragguardevoli assunte dall'istituto delle circostanze comuni tipiche. Ma il fenomeno si presta ad una distinta lettura. Mentre la predisposizione del catalogo delle attenuanti può interpretarsi quale prosecuzione della linea politico-legislativa avviata dallo Stoons, ed intesa a conferire un più soddisfacente assetto normativo all'ormai consolidata ed insopprimibile istanza di *ausserordentliche Strafmilderung*, la parallela introduzione di una tipologia di aggravanti comuni, con efficacia "ultraeditale", rappresenta, invece, un'autentica cesura nell'evoluzione storica dell'istituto: siamo qui in presenza di un sistema di generali previsioni di aggravamento delle pene edittali, valido indistintamente per qualunque specie di reato, del quale, ripercorrendo a ritroso la ricostruzione storica che ha impegnato queste pagine, non si riesce a rintracciare alcun segno anticipatore²⁵⁰. Fu l'aspirazione ad un malinteso equilibrio "architetonico", nella sistemazione del relativamente recente istituto delle circostanze comuni tipiche, a consigliare di "bilanciare" il catalogo delle attenuanti con uno omologo di aggravanti, oppure, più semplicemente, un contingente sussulto di rigore sanzionatorio?

Come che sia, è certo che la risoluzione dei compilatori del codice Rocco, intesa a consentire addirittura il superamento di quegli stessi massimi edittali che contem-

²⁴⁹ La tendenza alla tipicizzazione delle circostanze comuni si era nel frattempo espressa, nell'ambito di una visione politico-criminale radicalmente innovativa, anche nel progetto Ferri del 1921. Gli artt. 21 e 22 delineavano due serie contrapposte di «circostanze di maggiore pericolosità» e di «circostanze di minore pericolosità», che dovevano servire da guida al giudice nell'adeguamento della sanzione alla pericolosità del reo, con possibilità di oltrepassare i limiti edittali della sanzione-base (per una diffusa analisi della disciplina delle circostanze del reato nel progetto Ferri, vedi M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 55 s.: l'Autore, mentre ravvisa una sostanziale continuità, sul piano dei contenuti, tra le previsioni circostanziali del Progetto Ferri e le circostanze comuni del codice vigente, sottolinea l'inversione di prospettiva finalistica, in quanto le circostanze, da sintomi di pericolosità soggettiva, si trasformano, nel codice Rocco, in criteri di graduazione della riprovevolezza dell'agente, in rapporto alla maggiore o minore partecipazione personale al fatto.

²⁵⁰ Si è già precisato, infatti, come l'unica causa di inasprimento della pena editale a partire dal codice napoleonico sia stata la recidiva. Lo stesso codice Zanardelli conosceva, quali circostanze aggravanti comuni diverse dalla recidiva, unicamente la qualità di ministro di culto e di pubblico ufficiale, rispettivamente rivestite dalla persona offesa (artt. 142 cpv e 200) e dal colpevole (artt. 184 e 209). Cfr. D. Cigna, *Le circostanze del reato*, cit., 73 s. Cataloghi omologhi di attenuanti ed aggravanti comuni erano stati invero previsti – come già accennato – dal Progetto Mancini del 1876 e dal Progetto Ferri del 1921. Ma in entrambi questi testi, il meccanismo applicativo delle circostanze era soprattutto rivolto ad una più precisa commisurazione della pena all'interno degli spazi edittali, mentre la modificazione della quantità astratta di pena era collegata al concorso di una pluralità di circostanze omogenee particolarmente rilevanti (per tale progetto Ferri, cfr. M. Ronco, *Il principio di tipicità*, cit., 58 e 68).

poraneamente la parte speciale si incaricava di predisporre con inusitato rigore²⁵¹ si colloca nettamente al di fuori, anzi in contrasto con le reali esigenze politico-criminali emergenti in materia da centocinquanta anni di esperienza codificatoria.

2.1.4.1.4 L'impostazione codicistica del 1930 e le novità in tema di circostanze del reato attuate dal codice Rocco

Alla luce delle sintetiche premesse appena mosse alla tematica della misurazione della pena, così come regolata dalle disposizioni della codificazione del 1930, occorre ancora una volta metterne in evidenza in maniera schematica le caratteristiche principali, al fine di evidenziare la modulazione dei rapporti tensivi fra istanze legalitarie e discrezionalità giudiziaria.

1) Il codice Rocco introduce una ampia ed innovativa tipizzazione delle circostanze con efficacia ultraeditale e ciò sia predisponendo corposi elenchi di circostanze *comuni attenuanti* ed *aggravanti*, sia incrementando il numero delle circostanze *speciali* riconnesse alle singole ipotesi di reato. Quest'ultimo profilo, che ha sempre rappresentato una «costante storica»²⁵², assume nella codificazione italiana della prima metà del novecento dimensioni davvero ragguardevoli, soprattutto in relazione alle “principali”²⁵³ ipotesi delittuose. Queste vengono, infatti, corredate da veri e propri elenchi particolareggiati, caratterizzati dall'impiego di una tecnica descrittiva fortemente casistica e che hanno l'effetto di disegnare tutta una serie di “sfumature” del reato attraverso una sua sottotipizzazione²⁵⁴. Si badi bene, pressoché tutte le circostanze speciali in esame sono costruite come *indipendenti* od *autonome*. A nostro avviso, quanto appena rilevato risulta essere particolarmente significativo e scarsamente riflettuto. La combinazione fra *specialità* e *variazione di pena autonoma* o *indipendente* rende chiaro un concetto: il legislatore mediante la descrizione circostanziate *de qua* ha ben presente davanti ai suoi occhi una specifica e concreta manifestazione fenomenica del reato semplice. Il legislatore descrive cioè un *sottotipo* che ha rilevato dall'osservazione empirica ed in cui ravvisa un disvalore diverso, non riconducibile all'interno del compasso editale accordato dalla fattispecie semplice.

²⁵¹ La dimensione “astronomica”, delle cornici legali stabilite dal codice Rocco, da ultimo sottolineato da G. Marinucci, *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in *ZstW*, 1982, 350.

²⁵² Nel senso che, come più volte in precedenza osservato, le circostanze proprie speciali sono pressoché sempre esistite ma mai avvertite come vere e proprie circostanze proprie in un ottica di sistema e di autonoma disciplina, tant'è che pressoché in niente potevano essere differenziate – essendo il carattere dell'accessorietà e dipendenza strettamente legato alla disciplina e non a concezioni dogmatico-ontologiche – da autonome fattispecie di reato.

²⁵³ Per “principali” si intende quelle fattispecie di reato che da sempre hanno rappresentato delle costanti storiche nel senso che la violazione delle oggettività giuridiche alla base sono sempre state riconosciute meritevoli di tutela penale. Basti porre mente alla violazione del bene vita, protetto dalla fattispecie omicidiana, oppure al patrimonio della persona, protetto, fra le altre, dalla fattispecie di furto e rapina.

²⁵⁴ Basti porre mente, a mero titolo esemplificativo, agli elenchi di circostanze previste per la fattispecie di delitto doloso, oppure per quella di furto o rapina. Il legislatore manifesta una notevole capacità descrittiva delle principali manifestazioni fenomeniche del fatto base di reato, il cui disvalore non si riesce ad inquadrare nella cornice editale prevista dalla fattispecie semplice.

Si tratta cioè di una operazione volta alla (sotto)tipizzazione di una concreta manifestazione di reato il cui disvalore è indipendente ed autonomo rispetto a quello base, ma che pur sempre è riconducibile a quel *genus* di reato rispetto al quale si pone in termini di specialità. L'innovazione codicistica attiene, poi, alla disciplina cui anche le circostanze ad efficacia speciale sono sottoposte. Per la prima volta viene predisposto, infatti, un assetto normativo *diverso* e per certi aspetti *derogatorio* rispetto a quello tradizionalmente accordato agli elementi costitutivi di fattispecie²⁵⁵. Ebbene, tale circostanza appare in effetti decisiva per la classificazione e collocazione degli elementi in esame come «circostanze, stante l'impossibilità di individuare una distinzione *ontologica* fra elementi costitutivi ed accessori di fattispecie. In assenza di una diversa disciplina giuridica l'elemento di parte speciale in niente, infatti, si differenzia da una autonoma fattispecie di reato. A nostro avviso, quindi, gli assetti normativi predisposti dalle codificazioni precedenti al codice Rocco si caratterizzavano per essere costellati da una moltitudine di fattispecie autonome di reato e non da una pluralità di circostanze proprie. L'effetto modificativo della pena previsto dall'elemento specializzante, incidendo direttamente sul margine edittale²⁵⁶, andava a costituire la nuova cornice edittale di una autonoma fattispecie di reato rispetto alla quale l'elemento stesso doveva considerarsi a tutti gli effetti costitutivo. Il parricidio, ad esempio, elemento da sempre collegato alla fattispecie di omicidio doloso ed in ogni periodo storico connotato da una nota di grave e maggiore disvalore, ove non vada in contro ad una peculiare disciplina giuridica in niente si differenzia da un elemento costitutivo di fattispecie. Questo rappresenta e descrive, pertanto, un autonomo fatto di reato, con propria cornice edittale e proprio disvalore. Quanto, invece, all'introduzione di elenchi numericamente consistenti di circostanze comuni, come tali astrattamente suscettibili di essere combinate a qualsiasi fattispecie di reato semplice, occorre rilevare essere questa una delle grandi “novità” attuate dal codice Rocco. Se, infatti, le circostanze *proprie comuni attenuanti* erano già presenti nelle codificazioni precedenti²⁵⁷, ciò che risulta veramente innovativo è l'introduzione delle circostanze *proprie comuni aggravanti*. Quest'ultime non solo fanno ingresso per la prima volta nel panorama giuridico europeo, ma sono anche elencate *ex art.* 61 c.p. in un significativo numero²⁵⁸. Proprio in ordine a queste tipologie di circostanze si impongono *tre* diverse osservazioni. *In primis* occorre interrogarsi sul fondamento sostanziale dell'istituto in esame. Ebbene, ancora una volta si possono delineare due diverse ragioni fondamentali l'una «politica» e l'altra «contenutistico-sostanziale».

²⁵⁵ Il riferimento è qui, come noto ed ampiamente precisato nei paragrafi precedenti al regime di imputazione e di concorso omogeneo ed eterogeneo fra circostanze.

²⁵⁶ Minimo o massimo a seconda che fosse attenuante o aggravante.

²⁵⁷ Erano presenti, infatti, specie nel codice Zanardelli e soprattutto grazie all'opera di novellazione posta in essere negli anni successivi alla sua introduzione.

²⁵⁸ La loro “significatività” è possibile apprezzarla tanto sotto il profilo numerico tanto sotto quello qualitativo essendo ipotesi particolarmente frequenti nella realtà storica della realizzazione dei fatti di reato.

La prima *ratio*²⁵⁹ ravviserebbe nelle circostanze aggravanti comuni uno strumento di inusitato rigore predisposto dal legislatore e funzionale a superare quei margini editali che già la parte speciale aveva disegnato con particolare asprezza. Le aggravanti in tale logica svolgerebbero un preminente ruolo di «determinazione legale» della pena dando vita a compassi editali ridefiniti con una logica di rigore. E' d'uopo, tuttavia, osservare che la suddetta lettura dell'istituto in esame non appare esaustiva e per niente convincente dal momento che non considera la predisposizione di una variazione proporzionale (per giunta elastica) di pena²⁶⁰. Quest'ultimo dato (letto anche alla luce della prassi giurisprudenziale dell'epoca) evidenzia come l'innestarsi dell'elemento circostanziale proprio e della variazione da questo imposta sulla pena-base non provoca pressoché mai lo sfondamento del limite editale superiore. E ciò poiché nella pratica giudiziaria si è soliti attestarsi acriticamente sui minimi di pena ignorando le ragioni medio-superiori dello *Strafrahmen*. Se il legislatore avesse veramente voluto perseguire la finalità di (ri)determinazione legale della cornice di pena avrebbe dovuto disattendere la tecnica di variazione proporzionale e protendere per una incidenza indipendente od autonoma. La variazione proporzionale (tanto più se elastica) permette, infatti, di mantenere saldo quel cordone ombelicale con la pena-base e, quindi, con il potere commisurativo giudiziario. Dando luogo ad un peculiare procedimento di misurazione della pena che si pone in una sorta di «continuità» e «prosecuzione» dell'opera commisurativa intrapresa dal giudice nella fissazione della pena-base, seppur predisponendo alcune «linee guida legalistiche». L'intento del legislatore sul piano politico-criminale appare, dunque, essere ben altro. Questi, per mezzo delle circostanze comuni aggravanti a variazione di pena proporzionale ed elastica, cerca di arginare quel fenomeno di indiscriminato indulgenzialismo di cui il potere giudiziario si era arbitrariamente fatto vessillifero. Il richiamare l'interprete a considerare determinati e concreti elementi come aggravatori della pena avrebbe comportato il distacco da pene quantificate sul solo minimo e imposto l'esplorazione anche di valori superiori a questo. L'effetto di sfondamento editale in questa logica diviene del tutto *secondario* ed *eventuale*. Ciò che interessa veramente non è tanto, dunque, ridisegnare la cornice editale per la fattispecie circostanziata, né assicurare uno sfondamento degli argini della forbice, bensì contrastare il fenomeno di irrigidimento sul minimo di pena. Questa la vera ragione «politica» sottesa all'introduzione dell'istituto delle circostanze proprie la cui costruzione mediante la particolare tecnica di variazione proporzionale ed elastica della pena assolve a pieno il compito. Quanto poi alla *ratio* «contenutistico-sostanziale» delle cir-

²⁵⁹ Sicuramente la ragione «politica» risulta essere quella più accuratamente analizzata e riflettuta in dottrina. Vedi fra tutti G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 44 ss.

²⁶⁰ E' questa, infatti, la soluzione generalizzata dagli artt. 64 e 65 c.p. i quali a chiare lettere osservano che «Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino ad un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso» (art. 64.1 c.p.). «Quando ricorre una circostanza attenuante, e non è dalla legge determinata la diminuzione di pena, si osservano le norme seguenti [...] 3) le altre pene sono diminuite in misura non eccedente un terzo».

costanze aggravanti comuni, questa viene tradizionalmente individuata²⁶¹ nell'esigenza di aumentare il *quantum* di pena irrogabile al reo - fino a spingersi anche (ove necessario) ad una correzione della cornice edittale - in presenza di fatti di *straordinaria* ed *eccezionale* gravità. Il legislatore, dunque, tipizzerebbe nella parte generale degli elementi che combinandosi con le singole fattispecie incriminatici di parte speciale vanno a caratterizzarle per uno straordinario ed eccezionale disvalore. Il reato, pur rimanendo il medesimo sotto il profilo tipologico, si andrebbe così a colorare di una offensività e gravità del tutto peculiare, che si riverbera inevitabilmente sul trattamento sanzionatorio. Più precisamente, il legislatore attraverso la tipizzazione del singolo elemento come circostanza *propria* finisce col sottrarlo dal novero di quelle *improprie* e, quindi, dal momento commisurativo (altamente discrezionale) in senso stretto, imponendone, così, la considerazione al giudice. L'elemento circostanziente proprio, quindi, dal momento che è foriero di un valore/disvalore eccezionale e straordinario non può essere rimesso all'ampia discrezionalità giudiziaria infraedittale, né deve esaurire i propri effetti al solo interno della forbice di pena, ben potendo reagire, modificandoli, sugli stessi margini. In secondo luogo è d'uopo osservare che le aggravanti comuni sono principalmente costruite sotto il profilo del contenuto come *oggettive* e sotto il profilo delle modalità di previsione legislativa come *obbligatorie* e *definite*²⁶². Ciò che interessa rilevare è la stessa correlazione fra queste caratteristiche contenutistiche e di previsione legislativa, nonché la loro incisività sulla discrezionalità commisurativa del giudice. Ebbene, in un'ottica, quale quella abbracciata dal codice Rocco, fortemente casistico-particolareggiata il ricorso a circostanze che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo, o comunque altre concrete modalità dell'azione, oppure la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni e qualità personali dell'offeso, ne permette la costruzione in termini *definiti* ed *obbligatorie*. Così strutturati gli elementi circostanzianti, infatti, consentono il realizzarsi di una forte incisione del potere legislativo sulla discrezionalità qualitativa del giudice. Se, infatti, la discrezionalità *quantitativa* riposta nelle mani dell'interprete rimane del tutto invariata stante la previsione di una variazione elastica della pena, sul piano *qualitativo* le istanze legalistiche fanno sentire tutta la loro incisività. L'elemento circostanziente legato a dati empirici agevolmente verificabili, in quanto relativi alle modalità dell'azione criminosa, alla gravità del danno o del pericolo cagionato, o a qualità personali dell'offeso, dovrà essere dichiarato ed i suoi effetti applicati sulla base della sola constatata realizzazione della fatti-

²⁶¹ Vedi fra tutti, anche se l'autore sulla base di queste considerazioni va ad individuare la funzione dell'istituto delle circostanze del reato nella determinazione legale della pena.

²⁶² Il riferimento terminologico è qui alla classificazione comunemente fatta in dottrina (e graniticamente recepita in giurisprudenza, cfr. fra tutte Cass., Sez. un., 2011, con nota di L. Pellegrini, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1366 ss.) delle circostanze del reato. Le circostanze possono essere, infatti, classificate sulla base di tre criteri, che sono costituiti: a) dagli *effetti* applicativi che esse producono; b) dai *contenuti* in cui esse consistono; c) dalle modalità e tecniche di *previsione legislativa* utilizzate dal legislatore. Cfr. fra tutti per tale classificazione e per le distinzioni interne fra coppie contrapposte di circostanze F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 531 ss.

specie circostanziante. L'operazione a cui viene chiamato il giudice appare, dunque, meramente ricognitiva di un dato fenomenico facilmente riscontrabile stante il suo contenuto oggettivo. Basti, a titolo esemplificativo, porre mente all'aggravante di cui all'art. 61 n. 10 c.p. e alla sua possibile combinazione con la fattispecie delittuosa ex art. 594 c.p. Ai fini della sussistenza della fattispecie circostanziata di ingiuria diretta ad un ministro di culto occorrerà che il giudice accerti la qualità del soggetto passivo del reato. Verificato che il ministro appartenga al culto cattolico (canoni 266, 1008, 1009 cod. dir. can. 1983) o ad un culto ammesso, dovrà²⁶³ applicare l'aumento di pena. Viceversa, una costruzione per circostanze *soggettive*, volte come tali a valorizzare «l'intensità del dolo e il grado della colpa, o le *condizioni* o *qualità* personali del colpevole, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole»²⁶⁴ non sempre (*rectius* quasi mai²⁶⁵) appare conciliabile con una valutazione presuntiva astratta quale quella sottesa all'obbligatorietà, ma implicano necessariamente un'attività valutativa discrezionale-*qualitativa* del giudice che ne impone, pena l'incostituzionalità, la previsione in termini discrezionali. Il caso più emblematico e problematico a nostro avviso appare essere quello della recidiva ed in particolare dell'ipotesi di cui all'art. 99.5 c.p.²⁶⁶. Il giudizio sotteso al concetto di recidiva (legale) non può essere previsto in termini obbligatori poiché presuppone una "congenita" valutazione di tipo discrezionale qualitativa in ordine al suo presupposto, sia esso da ravvisarsi nella maggiore colpevolezza o nella maggiore pericolosità sociale del reo (o in entrambe le istanze). Incostituzionale appare, dunque, l'aumento di pena sulla base del solo fatto della commissione di un nuovo delitto non colposo dopo che si è già stati condannati con sentenza passata in giudicato per un precedente delitto non colposo. Una siffatta operazione (ovvero la costruzione in termini obbligatori della recidiva) implicherebbe una valutazione presuntiva ed astratta di maggiore pericolosità sociale e/o maggiore colpevolezza espressa dal reo, ma come insegna la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di misure di sicurezza, la suddetta presunzione assoluta si porrebbe in inconciliabile contrasto con un giudizio che necessariamente deve essere costruito attorno al singolo soggetto e che implica una difficile ponderazione complessiva. La discrezionalità (qualitativa) giudiziaria appare, pertanto, fisiologicamente connaturata alla ipotesi soggettiva in esame ed

²⁶³ E ciò in forza del principio di obbligatorietà in materia di circostanze del reato e del divieto di una discrezionalità-arbitrio c.d. bifasico. Cfr. in tal senso fra tutti F. Mantovani, *Manuale di diritto penale*, cit. 364 ss.

²⁶⁴ Cfr. art. 70 c.p.

²⁶⁵ Un esempio potrebbe essere quello di cui all'art. 61 n. 7 c.p. La circostanza aggravante c.d. della latitanza. Non presuppone né importa, infatti, alcuna valutazione qualitativa ad opera del giudice. L'accertamento dell'aver commesso il fatto di reato durante il tempo in cui il colpevole si è sottratto volontariamente all'esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto, è operazione meramente ricognitiva, condotta sulla base delle regole e dei concetti definitivi espressi dal codice di procedura penale ed in particolare dall'art. 296 c.p.p. Una volta verificata l'aumento di pena dovrà essere obbligatoriamente – seppur di una sola unità di misura – accordato da parte del giudicante.

²⁶⁶ Si tratta, come noto, della c.d. recidiva obbligatoria, ovvero di una disposizione suscettibile di combinarsi con tutte le altre ipotesi di recidiva (semplice, aggravata, pluriaggravata e reiterata).

ogni costruzione in termini oggettivi non può che essere in violazione dei principi costituzionali di uguaglianza, proporzionalità e delle esigenze special preventive della pena²⁶⁷. In terzo ed ultimo luogo occorre rilevare che nel codice del '30 le circostanze aggravanti comuni, vengono espressamente tipizzate in un elenco *chiuso* e *tassativo* all'art. 61 c.p. La disposizione in esame, infatti, esaurisce il novero delle circostanze comuni, né si ritenne opportuno introdurre una circostanze aggravante indefinita nella parte generale del codice²⁶⁸. L'assenza di una siffatta tipologia di circostanze vedeva la propria ragion d'essere non tanto nella volontà di avviare ad un *vulnus* delle istanze di garanzia sottese ai corollari del principio di legalità quali quello di determinatezza e di riserva di legge, quanto piuttosto nel contenere la discrezionalità qualitativa giudiziaria. Evidente, infatti, come attribuire al giudice la facoltà di ravvisare nel caso concreto elementi di particolare gravità tali da poter avere un effetto incisivo sul massimo edittale della pena, avrebbe significato conferirgli un ampio potere discrezionale di tipo «politico» in grado di “correggere” l'opera legislativa nello stabilire le comminatorie edittali²⁶⁹. Tutto ciò sarebbe stato in evidente conflitto con i propositi sottesi al nuovo assetto normativo in tema di circostanze del reato così come visti nelle *rationes* politica e contenutistico-sostanziale.

2) Il codice Rocco, nella sua originaria formulazione, non conosceva le *circostanze attenuanti indefinite* che avevano, viceversa, rappresentato l'impulso originario e la matrice prima dell'istituto²⁷⁰. Ebbene, la ragione di tale mancanza deve essere attentamente riflettuta ed analizzata sotto due diversi angoli di visuale. *In primis*, il codice del 1930 si proponeva di dare vita ad una complessa quanto articolata *positivizzazione* e *sistematizzazione* per oggettività giuridiche delle singole fattispecie di reato. Se ne incrementava, così, notevolmente il numero nonché si procedeva ad una accurata (ri)definizione dei singoli compassi edittali. Alla luce di ciò appare, dunque, logico che non si avvertì affatto l'esigenza di dotarsi di uno strumento che si sarebbe

²⁶⁷ Ciò chiarito a nostro avviso dovrebbe andare incontro ad una dichiarazione di incostituzionalità il disposto normativo di cui all'art. 99.5 c.p. Il richiamo e il restringimento della sua operatività ai soli delitti di cui all'art. 407.2 lett. a) c.p.p. al di là della sua incoerenza dovuta all'eterogeneità di fattispecie richiamate e in relazione a finalità processuale di indagine, non appare sotto il profilo sostanziale ed in relazione alla *ratio* della recidiva ammissibile dal momento che l'istituto circostanziale soggettivo necessita una valutazione discrezionale del giudice in ordine al reo al fine di ravvisarne quei segni di una maggiore colpevolezza e/o di una maggiore capacità a delinquere.

²⁶⁸ E' d'uopo, tuttavia, osservare che le circostanze aggravanti *indefinite* furono presto introdotte ad opera della novellazione della parte speciale del codice e ad opera della normazione penale extracodicistica. Cfr. sul punto F. Bricola, *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, cit., 1024 ss.

²⁶⁹ Si sarebbe così attuata una evidente funzione di supplenza verso l'alto e non, come originariamente nel *code napoleon* era avvenuto, verso il basso. L'eccezionale e straordinaria gravità rivelata dal fatto storico di reato nella sua manifestazione fenomenica concreta così come ravvisata dal singolo giudice, avrebbe potuto, infatti, determinare un aumento della pena in grado di sfondare il massimo edittale. L'opera di “positivizzazione” in tale ipotesi sarebbe avvenuta, tuttavia, ad opera del potere giudiziario e non del legislatore, stante l'indeterminatezza della previsione circostanziale aggravante (*id est* indefinita).

²⁷⁰ Sotto questo profilo, dunque, il codice Rocco si pone in netto contrasto rispetto alle codificazioni ottocentesche.

potuto rilevare utile solo nel futuro, ove il disvalore di un determinato reato non fosse avvertito più correttamente calibrato alla sua cornice edittale. In altre parole, l'impostazione (autoritaria) propria del Rocco riteneva necessario mantenere l'accentramento del potere di rimodulazione degli argini edittali inferiori nell'organo politico e non decentrarlo, quindi, in capo al giudice. Ciò anche a costo di determinare delle momentanee "scollature"²⁷¹ fra «nuovo disvalore socialmente attribuito ad un fatto di reato» e «disvalore legalmente conferito ed espresso nel compasso edittale». Il legislatore avrebbe, pertanto, potuto/dovuto procedere lui stesso in prima persona a ridefinire la cornice edittale nel minimo, ove i «fatti ordinari»²⁷² ad essa riconducibili fossero incorsi in un trattamento sanzionatorio eccessivamente rigoroso. Una valutazione strettamente *politica*, dunque, da parte dell'unico potere che si doveva e poteva fare portatore delle esigenze promananti dalla compagine sociale di cui, peraltro, era espressione. Accanto a tale ragione se ne può, poi, individuare una seconda ad essa strettamente connessa: la diffidenza nutrita nei confronti dell'organo giurisdizionale. Questo aveva, infatti, dimostrato di utilizzare la propria discrezionalità in sede di misurazione della pena in maniera marcatamente ed immotivatamente indulgenziale. Ebbene, i giudici avevano ancora una volta tradito il patto fiduciario e disatteso le aspettative in loro riposte. Serpeggiava, infatti, il fondato timore che conferire la facoltà al singolo giudice di ravvisare nel caso concreto ulteriori (in quanto non tipizzati) elementi attenuanti propri, avrebbe portato ad una loro pressoché sistematica concessione, con conseguente stravolgimento della *ratio* sostanziale ad essi sottesa, che ne avrebbe, invece, voluto un'applicazione sporadica in quanto corrispondente a fatti eccezionali e straordinari.

3) Cominciano ad emergere anche circostanze *speciali* a variazione di pena *proporzionale*. Le circostanze accordate e tipizzate in relazione alle singole fattispecie criminose non sono più pressoché esclusivamente strutturate con una variazione di pena autonoma od indipendente, ma vengono ad assumere anche i connotati della proporzionalità sia fissa che elastica. A tale proposito entrano in gioco quelle due norme di chiusura – poste nella parte generale - rappresentate dagli artt. 64 e 65 c.p. le quali accordano, rispettivamente per gli elementi aggravanti ed attenuanti, una variazione proporzionale elastica (fino ad un terzo) ove la legge non abbia disposto niente in relazione al singolo elemento circostanziale. La regola generale che supplisce in caso di assenza di una diversa indicazione normativa prevede, pertanto, la variazione di pena proporzionale elastica e così statuendo finisce con il conferire a tale tecnica – e questo è il punto – il carattere *base* e *marchiante* l'istituto delle circostanze del reato, con tutte le conseguenze di tipo funzionale che saranno oggetto di specifica e diffusa analisi nel proseguo.

²⁷¹ A discapito del reo, che dovrebbe andare incontro ad un trattamento sanzionatorio eccessivamente rigoroso, seppur quantificato nel minimo, rispetto al giudizio sociale in vigore in un determinato momento storico.

²⁷² Nel senso – peraltro sopra esposto in maniera diffusa – di fatti che rientrano nell'alveo disvaloriale di cui la cornice è espressione. Contrariamente ai fatti ordinari si pongono quelli straordinari ed eccezionali che, viceversa, non sono riconducibili nell'alveo disvaloriale di cui il compasso edittale è espressione.

4) Una fondamentale innovazione, predisposta dal codice Rocco e contenuta nella disciplina generale delle circostanze proprie, è rappresentata, poi, dall'art. 69 c.p. La norma si propone di disciplinare il concorso eterogeneo in maniera differente rispetto a quanto avveniva nella precedente codificazione italiana del 1889. Da un conteggio-giudizio *matematico-aritmetico*, volto alla considerazione di tutti gli elementi circostanzianti (tanto aggravanti quanto attenuanti), si decise, infatti, di passare ad conteggio-giudizio *valutativo-sintetico* dal triplice possibile esito: prevalenza delle circostanze aggravanti; prevalenza delle circostanze attenuanti; equivalenza. Occorre, poi, precisare che nella sua formulazione originaria la norma in esame prevedeva, come noto, che oggetto del giudizio di comparazione fossero le sole circostanze ad efficacia comune. Si escludevano espressamente, pertanto, quelle ad efficacia speciale e inerenti alla persona del colpevole. Ebbene, quale l'incidenza di un giudizio sintetico discrezionale-qualitativo, su di un assetto improntato all'autoritarismo e al conseguente legalismo più accentuato²⁷³? A nostro avviso appare fuori di discussione²⁷⁴ il fatto che la disposizione di cui all'art. 69 c.p. miri ad esaltare e rafforzare il potere discrezionale del giudice, attribuendogli un ruolo marcatamente politico. Quanto sinteticamente osservato si può desumere dai seguenti rilievi. La fase di accertamento giudiziale dell'eventuale sussistenza di circostanze aggravanti e/o attenuanti viene collocata in un momento precedente a quello della quantificazione concreta della pena-base. Solo in questo momento, infatti, oltre ad individuare tutti gli elementi sui quali dovrà evitarsi di incorrere nel divieto di doppia valutazione, il giudice potrà correttamente valutare se, nel caso di specie, ricorrano gli estremi di un concorso omogeneo od eterogeneo di circostanze. Effettuata tale preliminare operazione di individuazione e selezione, il giudice ove ravvisi contemporaneamente concorre circostanze aggravanti e circostanze attenuanti procederà al loro bilanciamento per vedere se, nel caso concreto, prevalgano le une o le altre oppure queste si annullino a vicenda²⁷⁵. Il giudizio di valenza, sotteso ed imposto al giudice²⁷⁶ dall'istituto in esa-

²⁷³ Rigida tipizzazione degli elementi circostanzianti, assoluta esclusione delle circostanze indefinite, privilegio per la obbligatorietà degli effetti

²⁷⁴ *Contra* vedi in particolare A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, cit., 95 ss.; Id., *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, cit., 294 ss.; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 688 ss. Secondo tali autori il portato della disposizione di cui all'art. 69 c.p. si presta ad essere collegato non alla prospettiva di una migliore individualizzazione giudiziaria concreta della pena, ma alla funzione di predeterminazione legale di quella specifica cornice editale di pena, all'interno della quale il giudice dovrà poi procedere alla quantificazione della concreta sanzione irrogabile al reo.

²⁷⁵ Che questo sia l'esatto momento di eventuale ricorso ad un giudizio di bilanciamento è fra l'altro aspetto pienamente condiviso in particolare da G. de Vero, *Circostanze de reato e commisurazione della pena*, cit., 199 ss.; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 688.

²⁷⁶ In ordine all'obbligatorietà o facoltatività da parte del giudice di procedere al giudizio di bilanciamento in caso di concorso eterogeneo di circostanze vedasi la sentenza della Corte costituzionale n. 38 del 1985 e la successiva giurisprudenza di legittimità e costituzionale (specie Corte costituzionale 2007) e la dottrina successiva (in particolare G. de Vero, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1294 ss.).

me, si pone in un momento “iniziale” delle complesse operazioni concernenti la misurazione della pena e va ad incidere, stante l'effetto *tamquam non esset/essent*²⁷⁷, sulla stessa scelta legislativa. Più precisamente, quando il giudice dichiara la prevalenza – diversamente accade, invece, nel caso dell'equivalenza²⁷⁸ - di un determinato segno sull'altro, non fa altro che: sul piano *sostanziale* cogliere il valore/disvalore caratterizzante nel complesso il fatto storico di reato e sul piano *effettuale* disattendere la previsione legislativa ed il principio di obbligatorietà in tema di circostanze del reato. E' proprio così, ciò che con attenzione il legislatore aveva accuratamente descritto e positivizzato, per evitare che rimanesse affidato alla mercé del potere discrezionale giudiziario proprio della commisurazione in senso stretto, viene paradossalmente (ri)attribuito al giudice conferendogli la capacità ed il potere di mettere in discussione la stessa scelta legislativa. L'interprete, chiamato ad effettuare un giudizio di tipo sintetico improntato alla valutazione complessiva del fatto e della personalità del reo - avente ad oggetto come tale una valutazione che in tutto e per tutto appare identica a quella disposta dall'art. 133 c.p.²⁷⁹ - finisce con il plasmare la realtà normativa del caso concreto. Rafforzamento, dunque, della potestà commisurativa giudiziale? In realtà le cose non stanno esattamente in questi termini. Il momento dell'*iter* commisurativo in cui viene collocato tale potere altamente discrezionale di tipo *qualitativo*, nonché gli effetti di «selezione normativa del caso concreto», fanno sì che la funzione ricoperta dall'art. 69 c.p. non sia propriamente quella di «commisurazione giudiziale della pena» quanto quella di «determinazione giudiziale della fattispecie circostanziata». Alla luce delle suddette riflessioni appare, dunque, chiaro l'utilizzo dell'espressione «potere discrezionale qualitativo-politico»²⁸⁰. L'organo giurisdizionale per mezzo dell'istituto in esame è, infatti, liceizzato a rimettere in discussione la scelta legislativa effettuata con la tipizzazione dell'elemento circostanziante ed è al

²⁷⁷ Le circostanze soccombente, infatti, è come se non esistessero.

²⁷⁸ L'effetto “elisivo” a nostro avviso non si produrrebbe, invece, in caso di approdo ad un giudizio di equivalenza. Difatti l'equivalenza non è l'esito di una reciproca elisione improntata alla ricerca di una sintesi valoriale/disvaloriale ma il frutto di una operazione matematico-aritmetica. Si equivalgono dal momento che ove tutte applicate con i rispettivi aumenti o diminuzioni di pena il risultato sarebbe quello di ritornare alla pena-base.

²⁷⁹ Questa appare la posizione maggioritaria in giurisprudenza ed in dottrina e che sarà oggetto di diffusa e puntuale analisi nel capitolo 4. Per il momento basti il richiamo a A.M. Stile, *La minore età*, cit., 294; L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., 346. Di diverso avviso, nel senso che a causa della caduta nel '74 di ogni limitazione operativa tutte le circostanze del reato sono state direttamente inquadrabili nella prospettiva funzionale sottesa al giudizio di bilanciamento e tutte le circostanze, quindi, sono state definitivamente valorizzate quali vere e proprie cause di determinazione legale della pena. Vedi in particolare I. Papi, *Le ambiguità dell'art. 69 c.p. tra reale e razionale*, in *Cass. pen.*, 1984, 1926 ss.; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 192 ss.; M. Romano, *Commentario al codice penale*, cit., I, sub art. 69, cit. Il fatto che, con successivi interventi normativi, il legislatore abbia talvolta escluso determinate circostanze dal giudizio di bilanciamento non inficerebbe, sempre secondo autorevole dottrina, il tenore delle conclusioni appena mosse, né inciderebbe sulla segnalata valenza funzionale dell'istituto. In tal senso A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 691 s. e in particolare nota 276.

²⁸⁰ Espressione a primo impatto ambigua e di difficile razionalizzazione ma l'unica che riesce a descrivere il fenomeno in esame in maniera compiuta.

contempo chiamato a selezionare gli istituti applicabili al caso concreto. Pur tuttavia, tale operazione non viene “completamente” affidata nelle mani del giudice, bensì nello stesso art. 69 c.p. le istanze legalistiche continuano pur sempre a farsi sentire. A ben vedere, infatti, il giudice è sì chiamato, attraverso il suddetto giudizio discrezionale qualitativo-politico di sintesi, a cogliere il “carattere preminente” valoriale o disvaloriale del fatto storico di reato, ma contestualmente il legislatore gli impone di applicare *tutte e solo* quelle circostanze proprie facenti parte del segno prevalente²⁸¹. Ecco, dunque, che le istanze legalistiche intervengono per conformare parzialmente gli effetti del giudizio discrezionale, estremizzandoli²⁸². La situazione appena descritta non appare, peraltro, propriamente riconducibile alla funzione di «commisurazione legale della pena», quanto piuttosto a quella «di determinazione legale della fattispecie circostanziata». In conclusione sul punto, occorre osservare che l'istituto in esame, proprio per gli effetti che produce e per il momento dell'*iter* commisurativo in cui si inserisce, concorre a definire e selezionare, alternando il ruolo giudiziario e quello legislativo, quel materiale normativo che dovrà essere, poi, applicato al singolo caso concreto. La funzione deve, pertanto, propriamente cogliersi sul piano *astratto* della determinazione (giudiziale e/o legale) del reato. Sebbene - e qui risiede il momento di insanabile contraddizione logica - attraverso un giudizio *concreto*²⁸³ che non appare - così nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale assolutamente maggioritaria - improntato al bilanciamento delle singole circostanze concorrenti²⁸⁴, ma ad una complessiva valutazione che deve tener conto di tutti gli elementi circostanzianti propri ed impropri²⁸⁵.

5) Infine, il codice Rocco del 1930 dimostra un rinnovato interesse per la commisurazione infraeditale della pena. Interesse che sembrava essere ormai scomparso nell'impostazione *tardo*-illuminista e assegnato in via definitiva al potere discrezionale giudiziario. Con la nuova codificazione, invece, il legislatore si propone di introdurre, sempre nella parte generale, anche un elenco di circostanze improprie *ex*

²⁸¹ Le circostanze proprie in astratto diverranno improprie in concreto. Cfr. in tal senso G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 193 ss.

²⁸² Si sarebbe, infatti, potuto prevedere - forse in maniera più razionale - che individuato il carattere preminente nel fatto storico il giudice dovesse applicare solo quella o quelle circostanze davvero caratterizzanti e non tutte quelle dello stesso segno.

²⁸³ Sarebbe stato più corretto dire inevitabilmente concreto dal momento che viene affidato al singolo giudice.

²⁸⁴ A seconda della loro intensità valoriale o disvaloriale di manifestazione.

²⁸⁵ Si badi bene che non potrebbe essere altrimenti. La complessiva considerazione degli elementi è qui funzionale non alla commisurazione della pena ma a determinare una sintesi di valore finalizzata alla selezione degli istituti che dovranno trovare concreta applicazione. Un elemento circostanziente improprio in tale ottica potrebbe, infatti, giocare un ruolo più incisivo e trainante di un elemento circostanziente proprio. Il solo fatto della tipizzazione normativa espressa dell'uno e non dell'altro non è indice anche di una maggiore pregnanza e caratterizzazione in termini valoriali del singolo fatto concreto. Non appare, peraltro, potersi parlare di una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale dal momento che le due operazioni, quella di cui all'art. 69 c.p. e quella di cui all'art. 133 c.p. o all'applicazione degli elementi circostanzianti propri, giocano su piani diversi. Il primo di determinazione della fattispecie di reato, il secondo di commisurazione della pena.

art. 133 c.p. Riconosciuto al giudice, ai sensi dell'art. 132 c.p., l'ineliminabile potere discrezionale di misurazione della pena nei limiti fissati dalla legge, viene questi, infatti, richiamato ad uno stringente e pregnante obbligo motivazionale²⁸⁶. Strettamente connesso al disposto di cui all'art. 132 c.p. appare il successivo istituto. Più precisamente, per mezzo dell'art. 133 c.p. e dell'elenco ivi contenuto il legislatore cerca di fare un passo ulteriore. Impone, infatti, al giudice di tenere conto sia della *gravità del reato* desunta «dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione», «dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa del reato», «dalla intensità del dolo o dal grado della colpa»; sia della *capacità a delinquere* del soggetto desunta «dai motivi a delinquere e dal carattere del reo»; «dai precedenti penale e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato»; «dalla condotta contemporanea o susseguente al reato»; «dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo». Al di là della onnicomprensiva²⁸⁷ elencazione ivi contenuta, gli elementi contemplati assolvono un fondamentale ruolo di *guida* e di *ausilio* motivazionale. Il giudice è cioè chiamato all'espletamento di una puntuale analisi dei suddetti elementi al fine di dosimetrare la pena ed individuare la corretta (in quanto proporzionata alla colpevolezza²⁸⁸) pena-base. Ebbene, quali le ragioni di tale rinnovato interesse per la commisurazione infraeditale? Seppur non contraddicendo l'ineliminabile discrezionalità giudiziaria nella commisurazione in senso stretto, il codice Rocco si sforza (in maniera del tutto pregevole) di consegnare all'interprete alcuni strumenti concretamente operativi, che avrebbero dovuto funzionare da "rete di lettura" del fatto concreto. Ravvisato in ogni singolo elemento circostanziante improprio il carattere valoriale o disvaloriale (non predeterminato in astratto dal legislatore) il giudice – e qui si innesta il momento discrezionale qualitativo altamente valutativo – è chiamato ad un giudizio di *sintesi*, che tenga però conto di tutti gli elementi²⁸⁹ e del loro concreto apporto quan-

²⁸⁶ Nonostante l'espresso e puntuale richiamo effettuato dall'art. 133.1 secondo alinea c.p., la prassi applicativa pressoché sistematicamente finisce con il disattendere tale obbligo di motivazione. Conseguentemente la irrogazione di un determinato *quantum* di pena appare più il frutto di una intuizione arbitraria del giudice che la logica e ponderata analisi di tutti gli elementi del caso concreto.

²⁸⁷ Cfr. fra tutti in tal senso F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 589 s.

²⁸⁸ In tal senso vedi diffusamente le osservazioni e l'analisi fatta da E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 64 ss.

²⁸⁹ Questa la fondamentale differenza rispetto a quanto precedentemente sottolineato in relazione all'analisi dell'art. 69 c.p. e del potere discrezionale qualitativo-politico ad esso sotteso. Le principali differenze fra i due giudizi discrezionali sintetici sono così delineabili. A. L'art. 133 c.p. impone al giudice una valutazione e ponderazione di *tutti e solo* gli elementi circostanzianti impropri, non anche quelli propri che rimangono, pertanto, confinati al solo momento commisurativi in senso lato e opportunamente "sottratti" (pena la violazione del *ne bis in idem* sostanziale) dal novero degli impropri. L'art. 69 c.p. – così almeno nell'interpretazione tradizionale e ad oggi assolutamente maggioritaria – impone, viceversa, un bilanciamento fra tutti gli elementi circostanziali propri ed impropri, l'esito del giudizio importerà la considerazione degli elementi soccombenti come impropri e, quindi, nella commisurazione in senso stretto, viceversa quelli considerati prevalenti continuano ad essere apprezzati come propri come tali opereranno nel momento commisurativo in senso lato. Quanto, infine, all'equivalenza stante il fatto – come osservato nelle note precedenti – che non si produce alcuna "soccombenza" ma viceversa trova-

titativo-dosimetrico. Solo all'esito della suddetta attenta operazione di bilanciamento il giudice sarà così in grado di individuare la pena-base. Conclusivamente sul punto si impongono due ulteriori considerazioni. Da un lato, a me pare che sotteso al sistema di cui agli artt. 132 e 133 c.p. e alla loro interrelazione con le circostanze proprie e con l'istituto di cui all'art. 69 c.p., vi sia la volontà e l'idea di creare un sistema – anche nella commisurazione in senso stretto – fortemente improntato alla “parcellizzazione”. Il legislatore, infatti, è come se cercasse di descrivere le operazioni logico-commisurative di cui è onerato il giudice, richiamandolo alla valutazione di determinati elementi. L'idea in buona sostanza – peraltro smentita e vanificata nella prassi giudiziaria – sarebbe quella di una commisurazione infraeditale “guidata” e “cadenzata”, facilmente (*rectius* più facilmente) controllabile e monitorabile e, quindi, meno “arbitraria”. Si vuole rifuggire, pertanto, da un giudizio “intuitivo” ed “immotivato”, frutto di una folgorazione “arbitraria” dell'organo giurisdizionale, del tutto non garantista nei confronti del reo²⁹⁰. Dall'altro lato, a me pare poi che un sistema così strutturato, ovvero corredato da forbici edittali e da un elenco di circostanze improprie, imponga al giudice di muovere, per fissare il concreto ammontare della pena-base, dal termine medio della cornice edittale²⁹¹. A seconda degli elementi circostanzianti impropri concretamente ravvisati e alla loro intensità valoriale/disvaloriale riconosciuta, il giudice farà oscillare la pena verso le ragioni medio-inferiori o medio-superiori dello *Strafrahmen*. L'individuazione di un diverso punto

no astratta applicazione tutti e reciproco matematico annullamento non potranno né dovranno essere considerati nella fase della commisurazione infraeditale avendo già esaurito e prodotto i propri effetti nella diversa fase della commisurazione in senso lato. B. L'effetto del giudizio valutativo sotteso all'art. 133 c.p. importa l'individuazione (seppur solamente provvisoria ove ricorrano circostanze proprie da applicare) di una pena proporzionata al concreto disvalore del fatto. L'effetto dell'art. 69 c.p. si pone su di un piano astratto di selezione del materiale normativo suscettibile di essere utilizzato nella commisurazione in senso lato e di riflesso in senso stretto. Anzi la conformazione legalistica produce una “astratta irrazionalità” inoculando nel sistema istanze presuntive. Il meccanismo più logico e razionale sarebbe dovuto essere, infatti, quello della contemporanea considerazione come proprie di tutti gli elementi circostanzianti tanto aggravanti, tanto attenuanti. Per tali ultime riflessioni vedi in particolare M. Boscarelli, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei “vizi tecnici” del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1256 ss.

²⁹⁰ Tale idea di mancanza di garanzia in quanto la pena irrogata difetta di verificabilità logica appare, tuttavia, profondamente diversa nelle intenzioni del legislatore del '30 da come, invece, viene assunta odiernamente. La codificazione fascista vedeva nella non motivazione e nel giudizio complessivo sintetico l'*escamotage* utilizzato dal giudice per assestarsi sui minimi edittali della pena. Ecco, dunque, che in tale ottica l'obbligo motivazionale e un iter procedimentale-commisurativo parcellizzato ed attentamente cadenzato avrebbe dovuto funzionare da argine a pene-base assestate sul minimo. Nell'assetto normativo-costituzionale odierno, invece, l'obbligo motivazionale e la predisposizione di criteri guida nell'operazione commisurativa in senso stretto assolvono la funzione di porre un argine ed un freno ad un potere discrezionale qualitativo giudiziario che rischia di degenerare verso l'arbitrarietà e la non controllabilità logica. Il concreto ammontare della pena deve essere il frutto di una attenta ponderazione degli elementi rilevanti in concreto che ne rassegnano l'effettivo valore, che solo permette di assestarsi su di una pena realmente proporzionata alla colpevolezza espressa da un determinato soggetto in carne ed ossa in un determinato fatto storico di reato.

²⁹¹ In tal senso seppur sulla base di argomentazioni differenti vedasi in particolare A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, cit. 70 ss.

di partenza (ad esempio, dal minimo o dal massimo edittale²⁹²) non avrebbe senso. Il termine medio della cornice edittale rappresenta, infatti, il paradigma del disvalore-medio espresso dalla singola fattispecie di reato. In altre parole, il suddetto ammontare è l'espressione quantificata del disvalore manifestato dalla fattispecie nella sua pura descrizione astratta, nei suoi soli elementi tipizzati, senza cioè – e si badi bene questo è pressoché impossibile, da qui la crisi di un sistema a pena fissa – la considerazione di alcun elemento circostanziale improprio. Questo, dunque, l'ammontare di partenza su cui devono reagire i singoli elementi circostanzianti impropri ravvisati dal giudice nel caso concreto.

In conclusione si può, dunque, rilevare che anche nell'impostazione codicistica del 1930 le circostanze proprie continuano ad assolvere un ruolo di ampliamento della discrezionalità commisurativa giudiziaria che viene ad estendersi anche in senso aggravatore e, quindi, con possibilità di incisione sui margini superiori della cornice edittale. Pur tuttavia, è d'uopo sottolineare che ad essere incrementato risulta il potere discrezionale *quantitativo* del giudice. La discrezionalità *qualitativa*, viceversa, cerca di essere contenuta il più possibile. Se, infatti, si accede a circostanze a variazione proporzionale ed elastica della pena, dall'altro lato attraverso l'eliminazione delle circostanze indefinite e la costruzione delle stesse in termini obbligatori si vuole impedire all'interprete di compiere valutazioni in potenziale contrasto con la stessa disposizione legislativa e, quindi, con la stessa scelta politica di fondo. In tale assetto viene tuttavia inoculato un germe che sarà uno dei punti nodali nella rivoluzione copernicana dell'istituto nella sua successiva novellazione: l'art. 69 c.p. Seppur limitata la sua operatività al solo caso di concorso eterogeneo di circostanze e alle circostanze ad efficacia comune diverse da quelle personali, l'istituto esaltava la discrezionalità qualitativa del giudice addirittura in un'ottica *para*-normativa di tipo politico, concorrendo questi alla determinazione del materiale normativo che concretamente avrebbe dovuto trovare applicazione. Ancora una volta, pertanto, le istanze legalistiche di commisurazione legale della pena e di determinazione legale della stessa, si vengono ad interrelazionare, non senza problematicità, con quelle di commisurazione giudiziale e determinazione giudiziale. Un tensione, tuttavia, ancora in equilibrio e in sostanziale complessiva razionalità.

2.1.4.1.5 Le novelle attuate dal d.lgs. 14 settembre 1944, n. 288 e dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99 e le *controspinte* impresse dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125, dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., in l. 15 luglio 2009, n. 94. La continua lotta per la supremazia fra istanze legalistiche e discrezionalità giudiziaria

La tutto sommato coerenza e razionalità presentata dal codice Rocco nel disciplinare il sistema delle circostanze del reato, entra tuttavia in profonda crisi per il so-

²⁹² Come, peraltro, da più parti sostenuto in dottrina. *Contra* sempre A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, cit., 70 ss.

vrapporsi confuso e caotico di tutta una serie di interventi normativi “localizzati” ma che finiscono per mutare profondamente il volto della misurazione della pena.

Sicuramente la svolta epocale è stata impressa dalle novelle attuate rispettivamente dal d.lgs. 14 settembre 1944, n. 288 e dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99. Numerose pagine da parte dei più autorevoli giuristi italiani sono state dedicate ai suddetti interventi normativi, in questa sede se ne rende, pertanto, una sintetica descrizione e valorizzazione funzionale. Nel 1944 vengono reintrodotte le circostanze attenuanti indefinite, con il chiaro intento politico, in ottica immediatamente post-fascista, di consentire una rimodulazione dei margini inferiori di quelle fattispecie di reato che se durante il regime avevano ricoperto una loro funzione autoritaria, oggi rappresentavano un assurdo accanimento. Evidente, dunque, che il nuovo assetto politico non guarda più con diffidenza il clemenzialismo tanto osteggiato dal Rocco ma anzi cerca di favorirlo attraverso l'accentuazione di un potere giudiziario altamente discrezionale *qualitativo* anch'esso *para*-legislativo²⁹³.

Con la riforma del 1974 si compie quel processo avviato nel '44. Si amplia infatti il disposto di cui all'art. 69 c.p. consentendo il bilanciamento fra tutte le circostanze del reato. Anche quelle ad efficacia speciale ed inerenti alla persona del colpevole, da sempre avvertite come da preservare e non suscettibili di essere rimesse nella potestà valutativa del giudice, vengono così messe nuovamente in discussione. Il potere giudiziario anche esso altamente discrezionale e di tipo qualitativo viene esaltato e fortemente esteso in una ottica addirittura *contra*-legislativa. E ciò poiché un concorso eterogeneo (prima piuttosto raro) diviene la regola stante anche la pressoché automatica concessione delle attenuanti generiche. Ecco, dunque, che la combinazione attuata dalle riforme del '44 e del '74 finisce con il risultare una miscela esplosiva capace di sovvertire completamente le scelte legislative. E' il giudice a ricercare l'elemento circostanziale attenuante nel caso concreto ed è il giudice a valutarlo bilanciandolo con le contrapposte aggravanti che possono – come di fatto la prassi giurisprudenziale degli anni '70, '80 e '90 ha fatto – essere dichiarate soccombenti. Il giudice ha, dunque, la facoltà di scegliere ciò che è circostanza propria e ciò (facendola regredire) che è circostanza impropria. Le circostanze del reato divengono così il “regno” della discrezionalità giudiziaria non più solo e tanto *quantitativa* ma soprattutto *qualitativa* in marcata accezione politica *para* e *contra* normativa.

Questo, dunque, il nuovo volto delle circostanze proprie. Un volto in completo disequilibrio, instabile, irrazionale e tutto sbilanciato verso le esigenze di commisurazione giudiziale della pena e determinazione giudiziale della stessa. Il potere giudiziario diviene il rifugio in cui riporre il compito e le speranze di salvare il sistema da un imminente collasso, dal momento che non si riusciva a mettere mano ad una riforma organica della parte generale e speciale del codice, ma forse anche poiché i tempi erano cambiati e lo stesso principio di legalità aveva subito una sua storicizzazione. Il pericolo di un arbitrio in senso autoritativo si era avuto questa volta non nel

²⁹³ Ai sensi dell'art. 62 *bis* c.p. il giudice diviene, infatti, il demiurgo dell'elemento circostanziale nel caso concreto, sostituendosi così al legislatore.

potere giudiziario ma nel potere politico in cui si era, per reazione al periodo dell'*ancien regime*, riposto ogni fiducia. La reazione non poteva che andare incontro ad una valorizzazione del contrapposto potere e cioè quello giudiziario. Ma come precisato precedentemente la misurazione della pena richiede un attento equilibrio fra le diverse istanze legalistiche di commisurazione e determinazione legale della pena e giudiziarie di commisurazione e determinazione giudiziaria della pena. Il disequilibrio ha sempre dimostrato il volto truce della possibilità dell'arbitrio e, quindi, di un acritico indulgenzialismo o di un eccessivo rigore sanzionatorio.

Pur tuttavia, sulla scia delle nuove emergenze terroristiche, prima interne - della fine degli anni settanta - e poi internazionali a partire dall'anno 2000, si cominciano ad affacciare sulla scena nuove esigenze e nuovi principi quali quello della sicurezza e della deriva nel senso dell'ineffettività del sistema sanzionatorio con perdita di fiducia nelle istituzioni. Nel cerare di recuperare la necessità di risposte sanzionatorie severe e puntuali rispetto a determinate tipologie di reato o tipi di autore il legislatore ha dato vita ad un movimento in controtendenza con quello compiutosi alla metà degli anni settanta del novecento. Pur tuttavia, contrariamente a quanto avvenuto negli anni '70 con una normazione del tutto irrazionale e casistica di chiara impronta propagandistica. Si cerca di fare fronte, infatti, alla singola emergenza attraverso l'introduzione di speciali regimi di disciplina per determinate fattispecie di reato o istituti e attraverso l'aumento e l'irrigidimento delle variazioni di pena.

Le circostanze del reato appaiono un terreno particolarmente fertile per operazioni poco dispendiose, altamente simboliche e al contempo capaci di dare vita a forti incisioni sul piano sanzionatorio e "storture" al sistema. Ecco, dunque, che con la legge *ex Cirielli* si inizia a mettere mano all'istituto della recidiva in una quadruplica ottica: a) aumenti di pena; b) obbligatorietà; c) incisione sull'art. 69.4 c.p. e d) incisione sull'art. 62 *bis* c.p. Negli anni 2008 e 2009 si procede, poi, ad un incremento vertiginoso delle circostanze blindate, come tali sottratte al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*

Evidente la mancanza di un disegno razionale ed unitario.

Toccare istituti cruciali quali quello *ex artt. 62 bis* e 69 c.p. in maniera irrazionale e rispetto a determinate fattispecie o (cosa ancora peggiore) rispetto a determinati tipi di autore provoca, infatti, una profonda incrinatura nel sistema dal momento che le istanze di commisurazione legale della pena e di determinazione legale della fattispecie di reato non si pongono in un rapporto tensivo con le opposte esigenze commisurativo giudiziarie e di determinazione giudiziaria della pena per così dire "positivo" e "dialogico" ma di prevaricazione "irrazionale" ed "antidialogica".

L'effetto è, quindi, quello di una deriva del sistema della commisurazione della pena, una sua parcellizzazione irrazionale, costellata di eccezioni asistemiche.

2.2 Gli studi più avanzati. L'inquadramento dell'istituto nella commisurazione della pena in senso ampio ed i caratteri nodali posti in evidenza

Accanto agli studi unidirezionali di tipo «settoriale», si sono andati affermando, in epoca più recente, talune impostazioni dottrinali che, messi da una parte i pro-

blemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base, hanno concentrato la propria riflessione ed indagine sulla operatività dell'istituto nella commisurazione della pena.

Più precisamente, queste impostazioni teoriche risultano di primario rilievo per comprendere l'istituto delle circostanze del reato sia nel rapporto con gli indici di commisurazione della pena in senso stretto, sia nel suo ruolo funzionale.

Quanto al primo profilo appena evidenziato occorre rilevare che la riflessione risulta essere ad oggi ancora embrionale e non sufficientemente approfondita e ragionata. E', inoltre, opportuno osservare che la tematica della relazione fra circostanze proprie e circostanze improprie necessita di una previa analisi e comprensione delle relazioni che intercorrono fra «commisurazione in senso lato» e «commisurazione in senso stretto» in una ottica logico-funzionale.

Il secondo nodo problematico è stato, invece, oggetto di un approfondimento teorico veramente notevole in quanto punto cruciale e specifico di alcuni lavori monografici particolarmente eruditi e raffinati²⁹⁴

Pur tuttavia, in ordine agli aspetti funzionali delle circostanze del reato non pare essere stato ancora detto tutto, o comunque non è stata ancora condotta una riflessione che al contempo analizzi i caratteri funzionali di ogni singolo istituto o tipologia classificatoria di circostanza e li rifletta nelle relazioni con il sistema nel suo complesso.

Comunque sia, occorre osservare che gli studi sul ruolo delle circostanze del reato nel momento della commisurazione della pena hanno il merito di distaccarsi da quelle impostazioni ermeneutiche incentrate sulla sola *struttura* che, sebbene con i loro indubbi pregi, si erano pur sempre limitate ad ancorare l'istituto nella logica delle forme di manifestazione del reato e, quindi, sul piano del fatto tipico. Lo slittamento della analisi nel momento commisurativo ne permette, dunque, una piena valorizzazione e riflessione in ordine ad aspetti non ancora venuti in evidenza a dovere.

2.2.1 Il problematico rapporto fra le circostanze proprie e gli indici di commisurazione della pena in senso stretto

Quella che ci apprestiamo ora ad esaminare è sicuramente una delle tematiche meno indagate in dottrina, sebbene ricopra una centrale importanza nello studio dell'istituto delle circostanze del reato²⁹⁵. Occorre, inoltre, osservare che i principali

²⁹⁴ Il riferimento è in particolare alle monografie di Stile e de Vero.

²⁹⁵ Fra tutti, nel sottolinearne l'importanza e la centralità G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 333 ss. La problematica era stata affrontata anche nelle monografie più risalenti sulla tematica delle circostanze del reato, ma non era stata sufficientemente analizzata in chiave critica ed alla luce delle diverse strutture disciplinari presentate dalle singole tipologie classificatorie delle circostanze proprie. Per l'impostazione tradizionale basti vedere A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., Id., voce *Circostanze del reato (Diritto penale comune)*, cit., 265 s.; G. Marini, *Le circostanze del reato. Parte generale*,

lavori che hanno affrontato il nodo problematico *de quo* sono stati quelli incentrati sulla commisurazione della pena in senso stretto e sulla discrezionalità giudiziaria²⁹⁶. Manca, pertanto, una attenta riflessione nelle opere concernenti più specificatamente le circostanze proprie, eccezion fatta (ancora una volta) per le monografie di de Vero e Melchionda. Detti autori, il primo in particolar modo, vedono, infatti, nella distinzione fra circostanze proprie e indici di commisurazione della pena in senso stretto un passaggio nodale obbligato che deve essere debitamente riflettuto ed analizzato²⁹⁷.

Per un'esauritiva comprensione della questione occorre, ancora una volta, prendere le mosse dalla più ampia tematica della misurazione della pena all'interno della quale, come ormai ampiamente precisato, le circostanze sia proprie che improprie devono collocarsi. Chiarito, infatti, che esistono elementi ulteriori rispetto a quelli essenziali che possono incidere sul disvalore del fatto di reato, ecco allora che si pone l'esigenza di adeguare la risposta sanzionatoria al disvalore del fatto concreto, dando rilevanza a questi fattori ulteriori. Detto in altri termini, si pone il problema del rapporto fra «fattispecie astratta» e «fatto concreto». La prima esprime, infatti, un disvalore che si riscontra senza dubbio nel concreto, tuttavia, il fatto concreto può avere al proprio interno elementi diversi da quelli costitutivi, ma parimenti significativi. Il punto consiste, pertanto, nel conferire rilevanza a questi elementi significativi sul piano valoriale ed ulteriori rispetto a quelli essenziali di fattispecie e ciò al preciso fine di adeguare la risposta sanzionatoria al caso concreto. Due sono le diverse modalità a disposizione del legislatore per realizzare il suddetto scopo: le circostanze c.d. proprie e le circostanze c.d. improprie.

Prima di procedere all'analisi, particolarmente complessa, in ordine ai caratteri discretivi fra i due istituti, è necessario riflettere sulle ragioni per cui ci si deve impegnare nella suddetta distinzione e, quindi, perché sia questa così importante per lo studio della tematica.

A ben vedere le ragioni sono molteplici e così enucleabili.

Innanzitutto, di fondo alla distinzione fra circostanze proprie e circostanze improprie si pongono esigenze di tipo *sistematico-commisurativo*. Una chiara distinzione fra i due diversi istituti, infatti, ne facilita l'analisi e ne consente lo studio alla

cit.; Id., voce *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in *Noviss dig. it., Appendice*, vol. I, 1980, 1254 ss.; Id., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988.

²⁹⁶ Fra tutti vedi in particolare i lavori monografici di F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, cit.; E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit. Dello stesso autore vedi poi anche E. Dolcini, voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, 744 ss.; Id., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 34 ss.; Id., *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1156 ss.; Id., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? (note a margine dell'art. 444 c.p.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 797 ss.

²⁹⁷ In particolare de Vero dedica tutto il capitolo 2 della propria monografia alla tematica, vedi G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 51 ss. Particolare attenzione è dedicata anche da Melchionda il quale si distingue per alcune riflessioni particolarmente felici ed innovative, seppur non del tutto sufficientemente analizzate. Vedi A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 646 ss.

luce del differente sistema disciplinare e del diverso momento dell'*iter* commisurativo in cui sono inseriti.

Un ulteriore profilo che viene in rilievo attiene, poi, alla *funzione* e alle *finalità* degli istituti in esame. Solo una chiara individuazione delle caratteristiche essenziali e discretime dell'uno e dell'altro consente, infatti, di rilevare se questi siano funzionalmente eterogenei od omogenei e se conferiscano al momento commisurativo in cui rispettivamente si inscrivono una differente finalizzazione e ciò con particolare riferimento al rapporto tensivo - descritto nei paragrafi precedenti - fra istanze legislative e accentuazione della discrezionalità giudiziaria.

Una terza esigenza che rende opportuna la demarcazione *de qua* appare individuabile nei differenti *effetti* che le circostanze proprie hanno sulla pena rispetto agli indici di commisurazione infraedittali. Come noto, infatti, le prime importano la possibilità di una incisione sui margini edittali e pertanto consentono l'irrogazione di una pena al di fuori di questi (c.d. efficacia *extraedittale* o *ultraedittale*). Le circostanze improprie, invece, sono destinate a produrre i propri effetti all'interno dei margini legislativamente stabiliti dal compasso edittale in cui, pertanto, rimangono vincolate. Riconoscere l'una o l'altra natura ad un singolo istituto implica, dunque, il conferimento di una diversa efficacia.

Infine, la quarta e centrale ragione per cui si impone la ricerca di una puntuale demarcazione fra circostanze proprie e circostanze improprie, va rintracciata nella problematica *interrelazione* tra le stesse e nella conseguente possibile violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Più precisamente, fra criteri di commisurazione della pena e circostanze del reato è riscontrabile, infatti, una relazione di genere a specie. La circostanza propria risulta essere un elemento eletto dal legislatore fra quelli genericamente ed onnicomprensivamente elencati nel 133 c.p., descritto e tipizzato in una apposita ed autonoma norma. Tale procedimento di selezione ed elezione porta con sé una necessaria interrelazione fra circostanze proprie e circostanze improprie che deve inequivocabilmente spiegarsi nei termini della specialità. Ciò osservato, si pone, pertanto, l'urgenza di comprendere se quell'elemento che è al contempo circostanza propria in quanto *species* ed indice di commisurazione della pena in quanto *genus*, possa trovare una duplice considerazione ed applicazione nei diversi momenti della commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato o, invece, debba essere applicato una sola volta, ovviamente nella sua considerazione come elemento specializzante e, quindi, nella commisurazione in senso lato. Ecco, dunque, che il fenomeno della convergenza delle norme finisce con l'interessare i due ordini di previsioni almeno per tutta l'estensione delle circostanze proprie. Ciò significa che il problema della «doppia valutazione» di medesimi elementi fattuali, in rapporto alle due distinte operazioni in cui si scinde il processo di determinazione della pena concreta riguarda ogni circostanza. Ciò posto e considerato, il punto diventa, pertanto, quello di stabilire se fra gli elementi di cui all'art. 133 c.p. e le circostanze proprie vi sia un concorso reale o apparente di norme. Nell'un caso, infatti, potranno e dovranno trovare «doppia considerazione» e «doppia valutazione» senza alcuna violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Ove, viceversa, si propenda per il concorso apparente di norme, l'applicazione dell'elemento circostanziale proprio ne impone la

sua esclusione dal novero degli indici di cui all'art. 133 c.p. e, quindi, dal momento commisurativo in senso stretto. Al fine di capire se ci si trovi in presenza di un concorso reale o apparente, occorre stabilire se ricorra o meno omogeneità funzionale fra i due universi normativi e se, quindi, debba trovare applicazione il principio del *ne bis in idem* sostanziale, ovvero quello che postula la necessità dell'integrale valutazione di un medesimo fatto cui l'ordinamento giuridico-penale attribuisca rilevanza per distinte finalità. Riferita specificamente alla tematica della «doppia valutazione», l'alternativa comporta, dunque, l'esclusione o meno della circostanza propria, di cui si fa applicazione puntuale in sede di variazione della pena-base, dalla preliminare operazione di determinazione di quest'ultima, condotta secondo il comune schema dell'art. 133 c.p.

Proprio sulla scia delle osservazioni problematiche appena sviluppate e passando al cuore della tematica e cioè all'analisi dei caratteri discretivi le circostanze proprie da quelle improprie, è d'uopo fin da subito precisare che queste *non* si differenziano sul piano funzionale²⁹⁸.

Del tutto evidente appare, infatti, a nostro avviso l'essenziale affinità funzionale nella prospettiva generale dell'adeguamento della pena alla gravità del reato, comprensiva delle determinazioni legislative e giudiziali: entrambe le categorie giovano a realizzare una più precisa caratterizzazione del fatto illecito, quale necessaria premessa di un'articolazione dell'intervento punitivo che voglia corrispondere ad esigenze di razionalità, di proporzione e, in definitiva, di garanzia²⁹⁹. In altre parole, dunque, tanto le circostanze proprie quanto le circostanze improprie mirano, seppur in momenti diversi, a graduare la pena all'effettivo disvalore del fatto di reato così come si è concretamente manifestato nella realtà fenomenica. Sono strumenti di misurazione della pena entrambi finalizzati ad inverare nell'ordinamento giuridico e più precisamente nelle operazioni giudiziarie di commisurazione il supremo principio di proporzionalità. E', pertanto, possibile fornire una generale risposta affermati-

²⁹⁸ La stessa dottrina prevalente accenna ad una affinità di funzione tra le circostanze proprie e improprie, al momento di pronunciarsi sul punto dei rapporti intercorrenti fra i due istituti e la ravvisa nel fatto che sia l'uno che l'altro concorrono in definitiva a graduare o qualificare la gravità del reato. In tal senso vedasi, tra gli altri, G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., 522; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit. 122; Id., *Corso di diritto penale*, Bari, 1989; R. A. Frosali, *Sistema penale italiano*, cit., 575 s. e 658 s.; A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 70; Id., voce *Circostanze del reato*, cit., 260; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit. 71 s. e in particolare nota 50. La riduzione delle circostanze proprie e improprie ad una comune prospettiva funzionale assume contorni ancora più marcati in A. Magliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 483 s. L'Autore, escluso che nel momento commisurativi trovi posto un vero e proprio potere discrezionale del giudice, costruisce gli indici di cui all'art. 133 c.p. come altrettanti elementi normativi, che modificano la fattispecie di reato. *Contra*, fra tutti, A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 646 il quale testualmente sottolinea la «diversa funzione assolta da tali elementi».

²⁹⁹ Sulla necessità che, in un modello «razionale» di commisurazione della pena, il magistrato prosegua e porti a termine l'opera del legislatore, nel senso della formulazione «in termini diretti, piani e comprensibili» del giudizio di disvalore sui fatti incriminati, cfr. M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiana*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Bologna, 1980, 177 (il corsivo è dell'Autore).

va al quesito relativo alla sussistenza o meno di una omogeneità funzionale tra i due istituti³⁰⁰. La conseguenza in vista del principio di specialità, è l'esclusiva applicazione della circostanza propria a scapito dell'indice generico *ex art. 133 c.p.*, di cui non potrà, dunque, tenersi conto nella prima operazione di determinazione della pena base.

Nessuna differenza funzionale, pertanto, ma ciò non esclude né nega la possibilità di rintracciare una diversa (seppur tendenziale) "finalizzazione" degli istituti. Secondo l'impostazione dottrinale tradizionale, all'interno del fenomeno della commisurazione della pena in senso lato le circostanze proprie perseguirebbero, infatti, in maniera preminente, istanze volte alla realizzazione di una commisurazione di tipo *legale*, incentrando i momenti della individuazione e valutazione in capo al legislatore. All'interno della commisurazione in senso stretto, invece, le circostanze improprie mirerebbero a realizzare una commisurazione di tipo *giudiziale* della pena. I momenti decisivi della individuazione e valutazione dell'elemento circostanziale sarebbero qui, infatti, riposti in modo esclusivo nelle mani del potere discrezionale giudiziario. Ebbene, la precisazione appena effettuata e sostenuta dalla dottrina maggioritaria, se fundamentalmente corretta per ciò che concerne gli indici di commisurazione della pena *infraeditale*, necessita, invece, per quanto concerne le circostanze improprie di alcune precisazioni che ne ridimensionano notevolmente la portata ed il contenuto. L'equazione «circostanze proprie = commisurazione legale; circostanze improprie = commisurazione giudiziale» sottesa alle considerazioni *de quibus* se doveva, infatti, considerarsi meramente "tendenziale" già nell'impostazione codicistica del '30, appare oggi - dopo gli interventi normativi della metà degli anni '40 e '70 - profondamente errata. Erronea, prima ancora che la conclusione, è l'impostazione a carattere generalizzante. Abbiamo, infatti, cercato di dimostrare come l'anima legalistica e discrezionale-giudiziaria *coesistano* e siano per certi versi *connaturate* allo stesso istituto delle circostanze proprie. Non ha, quindi, senso approdare a riflessioni di tipo generale se non in ottica di *trend* politico di un determinato momento storico. L'unico approccio che voglia pregiarsi del titolo della scientificità impone, pertanto, un'analisi delle diverse discipline e delle interrelazioni fra queste. E' cioè necessario riflettere sulla singola disposizione e verificare se questa, così come è stata strutturata, accentui il carattere commisurativo-legale o commisurativo-giudiziario. Lo ribadiamo, la generalizzazione ha un senso solo se opportunamente calibrata e circoscritta rispetto ad un determinato momento storico e ad una determinata no-

³⁰⁰ *Contra*. Secondo un orientamento dottrinale minoritario ma autorevole le circostanze proprie servirebbero ad attingere ed isolare, in prospettiva di prevenzione generale o di retribuzione, singoli profili di maggiore o minore disvalore del fatto riconducibili ad «un ordine oggettivo di considerazioni sociali»: i rispettivi contenuti sono dunque suscettibili di una considerazione «reale-generale», intesa a cogliere un significato di valore autonomo e idoneo ad essere generalizzato. Le circostanze improprie, per contro, assumerebbero rilievo meramente indiziario, in funzione di prevenzione speciale o di retribuzione della «colpevolezza individuale»: attraverso la considerazione «sintomatico-particolare» dei profili da esse segnalati, viene ricostruita una dimensione superiore e irripetibile nella sua individualità, alla quale soltanto va direttamente collegato l'effetto di determinazione della pena concreta.

vella legislativa, senza, peraltro, pretesa di esaustività, ma con l'unico scopo di delineare un *trend* di politica giudiziaria che pur sempre, questo l'insegnamento della storia, deve fare i conti con il diverso combinarsi di discipline e istituti con finalizzazioni e caratteri eterogenei.

La diversità fra circostanze proprie e circostanze improprie deve essere, pertanto, ricercata sotto altri profili.

Ebbene, tradizionalmente si sono andate individuando tre principali differenziazioni che attengono: alla diversa modalità di individuazione; alla diversa valutazione ad esse sottese; alla diversa efficacia.

Sotto il primo profilo, si osserva che le circostanze proprie sono il frutto di uno specifico procedimento di tipicizzazione da parte del legislatore. Questi del tutto liberamente decide, infatti, se selezionare in via generale ed astratta un determinato connotato fattuale elevandolo al rango di circostanza propria, oppure se lasciarlo nel campo degli indici fattuali rimessi alla discrezionalità del giudice. Le circostanze proprie si caratterizzano, pertanto, per essere oggetto di una previsione legislativa *specificata*, vale a dire *determinata*. Queste sono tipizzate in modo tale da individuare con esattezza l'elemento concreto significativo. Ebbene, sulla base di tali considerazioni, si osserva che la suddetta operazione di tipicizzazione legislativa di un particolare profilo accessorio del fatto, che già corrisponde allo schema di una norma incriminatrice, ed il conseguente vincolo del giudice ad uniformarsi alla efficacia aggravante o attenuante della circostanza così individuata, darebbero corpo ad un procedimento di *valutazione legale* del reato. «Selezione», «elezione», «descrizione», «valutazione» e «positivizzazione» questi, quindi, i passaggi caratterizzanti il procedimento di tipicizzazione caratteristico delle circostanze proprie. Le circostanze improprie, al contrario, sono individuate dal legislatore in forma del tutto *generica*, vale a dire *senza* particolari *specificazioni*, ma in modo *indeterminato*. Ne consegue che l'individuazione dei connotati fattuali "significativi" ai fini della determinazione della gravità del reato e della capacità criminale è in realtà rimessa al giudice e alla sua discrezionalità. L'art. 133 c.p., nel disciplinare l'esercizio del potere discrezionale del giudice per la determinazione intra-edittale della pena in concreto, contiene semplicemente un elenco onnicomprensivo, generico degli elementi fattuali di cui dovrà tenere conto il giudice e non definisce questi elementi nella loro fisionomia e nella loro valenza aggravante o attenuante³⁰¹. Nell'ambito della commisurazione della pena il giudice non è, pertanto, condizionato da contenuti di valore predeterminati in astratto dal legislatore, dovendo egli al contrario puntualizzare il significato positivo o negativo degli stessi nel singolo caso e per di più attraverso una valutazione d'insieme in cui finisce per stemperarsi ogni rilevanza «autonoma» dei medesimi fatto-

³⁰¹ Così, ad esempio, il n. 1 dell'art. 133.1 c.p. richiama «la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione», cioè praticamente ogni possibile connotato della condotta, lasciando al giudice il compito di individuare e valutare se – ad esempio – l'utilizzazione di un coltello per uccidere possa esprimere o meno una maggiore gravità del fatto.

ri³⁰². Il fatto che le circostanze improprie non siano state oggetto di una previsione legale specifica porta, poi, con sé due importanti implicazioni. Da un lato non danno vita ad una nuova fattispecie (la fattispecie circostanziata di cui si è, invece, ampiamente detto nei paragrafi iniziali a proposito delle circostanze proprie), presentandosi piuttosto come degli indici fattuali di cui il giudice terrà conto nell'esercizio del suo potere discrezionale di quantificazione della pena entro i limiti edittali. Dall'altro lato, è chiaro che le circostanze improprie si collocano appunto sul piano fattuale, nel senso che sono individuabili solo nel fatto storico rimesso alla valutazione del giudice: l'art. 133 c.p. in effetti si limita a delimitare – fra l'altro in modo praticamente onnicomprensivo – il campo del fatto storico ove “cercare” i connotati eventualmente significativi al fine della determinazione in concreto della gravità del reato e della capacità criminale e, dunque, del *quantum* di pena corrispondente. Conseguentemente, è del tutto evidente che le circostanze improprie non hanno niente a che fare col problema fondamentale della distinzione e della corretta qualificazione di una fattispecie come autonoma o circostanziata³⁰³.

Sotto il secondo profilo, si puntualizza che sottese all'elemento circostanziante proprio ed a quello improprio vi siano due diverse tipologie di valutazione. Nelle circostanze proprie la valenza aggravante od attenuante è espressamente stabilita dal legislatore, il quale gli conferisce così il segno contraddistintivo-base. La valenza degli indici di commisurazione in senso stretto è invece stabilita dal giudice. E' questi che, in relazione alla sua concreta manifestazione fenomenica, attribuirà una capacità di inasprimento o attenuazione della pena.

Il terzo ed ultimo profilo tradizionalmente riconosciuto come differenziante i due istituti deve cogliersi sul piano dell'efficacia. Sebbene entrambi incidano sulla determinazione e, quindi, sul *quantum* della pena, le circostanze proprie hanno una efficacia extraeditale, quelle improprie, invece, meramente infraeditale. Le circostanze proprie, quindi, incidendo al di là dei limiti edittali presentano, in astratto³⁰⁴,

³⁰² Cfr. A.M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, cit., 57. Analoga tendenza ad assegnare a tutti i fattori di commisurazione della pena rilevanza meramente indiziaria, rispetto ad una superiore entità che costituirebbe l'autentico dato condizionante il trattamento punitivo concreto, si riscontra già nella dottrina anteriore: si vedano da un lato, F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1055; Id., *La discrezionalità*, cit., 100 s. e 114, il quale coglie tale dato nel «tipo soggettivo concreto di autore» in chiave specialpreventiva; e, dall'altro, A.R. Latagliata, *Circostanze discrezionali*, cit., 139 s., che individua l'oggetto specifico della valutazione discrezionale ex 133 c.p. nella «colpevolezza individuale», intesa come la posizione del singolo autore, in termini di riprovevolezza, nei confronti del reato commesso. La matrice comune di queste due posizioni, pure antitetiche a proposito della prospettiva finalistica di irrogazione della pena, è data dalla adesione alla tesi della «onnicomprensività» del catalogo di criteri contenuto nel 133 c.p. Una tale concezione (inaugurata da M. Massa, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 68 s.) comporta necessariamente la svalutazione della consistenza normativa dei singoli parametri ivi segnalati, tanto da non potersi escludere che il fallimento, più volte denunciato in dottrina, di ogni efficacia orientativa dell'art. 133 c.p. sulla commisurazione della pena, vada tra l'altro ascritto alla fortuna incontrata da questo orientamento (cfr. in tal senso E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 40 s.).

³⁰³ Cfr. in tal senso fra tutti F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 530 s.

³⁰⁴ Si badi bene, l'effetto di determinazione legale della nuova cornice editale proprio di ogni elemento circostanziante avverrebbe solo ed esclusivamente in astratto. Specie nell'applicazione delle circostanze

la capacità di rimodulare la cornice edittale dell'autonomo reato circostanziato, frutto della combinazione normativa fra fattispecie semplice ed elemento circostanziate. All'esistenza delle circostanze improprie viceversa, non si collega una variazione della cornice edittale della pena prevista per la fattispecie, ma semplicemente un'indicazione per il giudice nel senso ascendente, verso il massimo, o discendente, verso il minimo, all'interno del compasso edittale, ai fini della fissazione della pena-base.

Ripercorsi i capisaldi della differenziazione così come tracciati dalla dottrina tradizionale, è ora giunto il momento di muovere alcune riflessioni critiche che ne dimostrano la sostanziale fallacia. L'impostazione ripercorsa, sebbene abbia l'indubbio pregio di evidenziare e valorizzare alcuni caratteri dominanti dei due diversi istituti, finisce con l'essere eccessivamente rigida e statica, dal momento che non tiene in debito conto la struttura di talune tipologie di circostanze e la loro prassi applicativa.

Più precisamente, è d'uopo osservare - sotto il profilo dell'individuazione - come le circostanze «indefinite» mettano in forte discussione il carattere della tipicità ritenuto «coessenziale» all'istituto delle circostanze proprie. Le circostanze indefinite o innominate (che dir si voglia³⁰⁵) sono, infatti, prive di una descrizione legislativa specifica e determinata della situazione circostanziate e rimettono, pertanto, al giudice l'individuazione e la valutazione degli elementi fattuali del caso concreto eventualmente significativi ai fini della variazione della pena. La loro formulazione generica - come quella esemplificativamente contenuta nell'art. 62 *bis* c.p. «il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena» - ne denuncia un evidente *difetto di legalità* con consequenziale ampliamento della discrezionalità (qualitativa) giudiziaria. Ebbene, ciò considerato delle due l'una: o le circostanze indefinite non sono circostanze proprie, oppure il carattere della tipicità non è da ritenersi identificativo in modo univoco ed indiscutibile l'istituto. Dovendosi ormai pacificamente, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritenere la natura circostanziale «propria» delle indefinite, sebbene una posizione oggi risalente le abbia considerate una sorta di *tertium genus* che partecipava insieme della *natura* degli elementi di commisurazione giudiziale della pena e della *disciplina* delle circostanze del reato³⁰⁶, non si può che ragionevolmente propendere per la seconda soluzione sopra prospettata. In conclusione, l'assunto che stabilisce una stretta correlazione fra circostanze «proprie» e tipicità, in funzione di netta demarcazione rispetto alle circostanze «improprie», si rivela particolarmente fragile se considerato dall'angolo di visuale delle circostanze indefinite. Quest'ultima tipologia di circo-

ad efficacia comune, infatti, il procedimento commisurativo in cui le stesse si inseriscono porta nella prassi applicativa ad assestarsi su di un *quantum* di pena ricompresso nell'originaria forbice edittale.

³⁰⁵ Espressione quest'ultima utilizzata in particolare negli scritti più risalenti ed oggi in disuso stante la più efficace contrapposizione semantico-concettuale con le definite. F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1050 ss.

³⁰⁶ Sul punto fra tutti vedi le diffuse osservazioni di F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1050 s. L'illustre Autore giunge a ritenere le circostanze indefinite o innominate a tutti gli effetti circostanze proprie.

stanze proprie risulta, infatti, strutturalmente analoga ai criteri di commisurazione della pena.

Sotto il secondo profilo, è possibile criticamente osservare che non tutti gli elementi di cui all'art. 133 c.p. possono ritenersi configurati di per sé in chiave assolutamente discrezionale³⁰⁷. Scorrendo il catalogo dell'art. 133 c.p. si possono ravvisare, infatti, alcuni criteri inerenti alla «gravità del reato», per i quali l'affinità sotto il profilo valutativo con le circostanze proprie si manifesta in maniera marcata. Solo, infatti, le diverse «modalità dell'azione» di cui al n. 1 esprimono propriamente un momento di *discrezionalità*, giacché non è dato cogliere quali *tipi* di comportamenti siano idonei ad orientare in senso aggravante o attenuante la commisurazione della pena. La «gravità del danno» e la «intensità del dolo o il grado della colpa» esprimono, di contro, altrettanti profili significativi del fatto di reato *già* pregni di un intrinseco indirizzo valutativo³⁰⁸. Dall'esegesi dell'art. 133.1 n. 2 e 3 c.p. scaturisce, dunque, una precisa ed univoca direttiva valutativa nei confronti del giudice per la individuazione della sanzione concreta: l'ammontare della pena va tendenzialmente fissato, salvo il coordinamento con tutti gli altri indici di valutazione, secondo una progressione parallela a quella scandita dal grado di gravità del danno o di intensità dell'elemento soggettivo del reato^{309 310}.

Per quanto attiene, infine, al terzo ed ultimo profilo discrezionale fra circostanze proprie e circostanze improprie, è d'uopo osservare che la tradizionale identificazione delle circostanze proprie quali elementi suscettibili di spostare la misura della pena al di fuori della cornice edittale del reato base porta inopinatamente a trascurare il carattere meramente eventuale di tale effetto, in quanto del tutto condizionato alla preventiva misura di pena sulla quale dovrebbe formalmente collocarsi l'aumento e/o la diminuzione di pena conseguenti all'applicazione delle circostanze³¹¹. Se, dun-

³⁰⁷ Cfr. per tali riflessioni critiche in particolare G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 64 ss., 76 e M. Messina, *Le circostanze generiche*, cit., 82 ss.

³⁰⁸ Una maggiore determinatezza della formula di cui al n. 2 rispetto a quella prevista dal n. 1 della prima parte dell'art. 133 c.p., è stata riconosciuta dal F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 74. Sottolinea poi «il significato di valore univoco», degli indici previsti dai nn. 2 e 3 della prima parte dell'art. 133 c.p., G. Contento, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra circostanze*, in Tommaso Natale, 1978, (Scritti in memoria di Girolamo Bellavista, vol. II), 664.

³⁰⁹ Una simile indicazione, circa l'orientamento valutativo e i conseguenti riflessi sulla determinazione della pena concreta di taluni generici fattori commisurativi, è stata codificata nel terzo comma del § 32 öStGB, per il quale si rinvia a E. Foreggerm, E. Serini, *Strafgesetzbuch*, 2° ed., Wien, 1978, 76.

³¹⁰ L'univocità degli indici di cui alla prima parte dell'art. 133 c.p. ci sembra, dunque, più consistente di quanto in dottrina non si sia disposti ad ammettere (cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 42 s.). Per quanto attiene poi all'ambiguità che caratterizzerebbe la nozione riassuntiva di «gravità del reato» (E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 42), conviene ribadire (in conformità a quanto osservato da S. Prosdocimi, *Profili penali*, cit., 250 s.; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 77, nota 64) che l'entità da desumere ai sensi della prima parte dell'art. 133 c.p. non ha autonomia rispetto ai corrispondenti indici: la «gravità del reato», a differenza della «capacità a delinquere», non costituisce cioè di per sé il dato condizionante il trattamento punitivo, ma si risolve interamente nelle sue componenti, le quali hanno, dunque, rilevanza diretta ai fini della commisurazione della pena.

³¹¹ Cfr. in tal senso fra tutti G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 129; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 646. Gli autori in particolare criticano quella dottrina che aveva

que, il richiamo alla efficacia *extra*-edittale da un lato ed *infra*-edittale dall'altro presenta una sua indubbia plausibilità e correttezza sul piano per così dire *astratto* degli effetti, ove si ponga, invece, mente alle circostanze ad efficacia comune (stante il loro inserimento nel bel mezzo del momento commisurativo in senso stretto, operando queste sulla bene-base) sul piano *concreto* della prassi applicativa la suddetta diversità di effetti non si avverte. Entrambe le tipologie di circostanze, proprie (ad efficacia comune) ed improprie, finiscono, infatti, per operare all'interno dei margini edittali, dal momento che sono rarissime e del tutto eventuali le ipotesi in cui lo sfondamento si viene a produrre, trattandosi, peraltro, per lo più di casi di concorso omogeneo.

Sviluppata e conclusa la parte *destruens* della nostra argomentazione, che ci ha condotto a concludere per una sostanziale inefficacia in termini rigido-discretivi dei criteri tradizionalmente individuati, occorre ora effettuare uno sforzo ulteriore, questa volta in ottica *costruens*, interrogandoci in cosa differiscono veramente le circostanze proprie e le circostanze improprie.

La diversità deve essere colta sul piano dei presupposti dell'accertamento giudiziale e sul processo valutativo a cui questi è chiamato. In tal senso occorre precisare che le circostanze proprie a differenza di quelle improprie si contraddistinguono innanzitutto per il fatto di essere *normativamente* collegate ad un effetto modificativo che³¹² risulta legislativamente configurato quale vera e propria "*conseguenza giuridica*" (astratta e diretta) della corrispondente fattispecie circostanziale³¹³. Le circostanze improprie, viceversa, si caratterizzano sotto il profilo dell'accertamento giudiziale per il fondarsi su presupposti operativi di tipo prettamente ordinatorio³¹⁴. L'assenza di una conseguenza giuridica già astrattamente predeterminata non impone, cioè, un onere di preventivo accertamento formale dei requisiti di "tipicità astratta" del singolo elemento di volta in volta legislativamente valorizzato. Non presuppone, in so-

genericamente segnalato quale caratteristica specifica delle circostanze aggravanti ed attenuanti quella «di portare sempre un determinato aumento o una determinata diminuzione di pena *al di fuori dei limiti fissati per la pena base*». Cfr. in tal senso R. A. Frosali, *Sistema*, cit., I, 661. Più correttamente il Santoro aveva, invece, usato il condizionale. A. Santoro, *Le circostanze*, cit., 296.

³¹² E ciò anche a prescindere dall'autonomia, o meno, del relativo rilievo giuridico-sistemico, (l'alternativa riflette, ovviamente, la già considerata contrapposizione fra una concezione delle circostanze quali autonome fattispecie penali) ovvero quali mere componenti della fattispecie di reato circostanziato, dal momento di effettiva incidenza (e quindi a prescindere dalla necessità, o meno, di una loro valutazione già in sede di determinazione della cornice edittale di pena, ovvero solo dopo la preventiva fissazione della pena-base).

³¹³ Per una opportuna puntualizzazione della fondamentale importanza di questa differenza v. soprattutto T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 190, ad avviso del quale ciò rappresenterebbe un riflesso "logico" della stessa «natura "neutra"» dei coefficienti dell'art. 133 c.p., come tali suscettibili «cioè di sviluppi sia in senso aggravatore che in senso attenuante in rapporto a contenuti da percepire in concreto». Sul punto vedi, comunque, anche quanto esattamente osservato da G. Contento, *Introduzione*, cit., 120 e A. Santoro, *Il concetto*, cit., 236.

³¹⁴ Le basi teoriche di questa impostazione sono principalmente ricollegabili al noto contributo di G. Radbruch, *Klassensbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Revue internationale de l'athéorie du droit*, 1938, 46 6 ss., ampiamente ripreso e valorizzato da W. Hassemer, *Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, 281 ss.

stanza, un giudizio positivo sull'avvenuta integrazione dei requisiti costitutivi della corrispondente fattispecie circostanziale, ma al contrario focalizza subito il perno del giudizio sulla diversa necessità di correlare il livello di *gravità complessivamente* espresso all'insieme dei dati concretamente apprezzabili con quella più ampia scala di valori implicitamente desumibile dalla predeterminazione di una certa cornice edittale. Tanto più intenso apparirà il significato di valore espresso dalle caratteristiche concrete dell'elemento valutato, tanto più alta dovrà risultare la misura della pena irrogabile; tanto meno apparirà, invece, tale valore, tanto più lieve dovrà conseguentemente risultare la pena prescelta all'interno dei limiti legislativamente fissati. Aspetti decisamente diversi vengono, invece, a caratterizzare la struttura giuridica delle vere e proprie circostanze del reato. L'astratta predeterminazione legislativa di un diretto riflesso modificativo non consente di assumere il dato circostanziale come un parametro di valore giudizialmente apprezzabile in una prospettiva meramente ordinatoria. Rispetto ad esso, la stessa struttura della corrispondente disposizione viene automaticamente a presupporre un preliminare onere di accertamento della effettiva sussistenza della circostanza. In questi casi, cioè, al pari di quanto necessario per gli stessi elementi costitutivi della fattispecie (dai quali dipende la determinazione della cornice edittale di pena all'interno della quale si procederà secondo gli indicati canoni di tipo ordinatorio), il giudice è inevitabilmente chiamato ad operare secondo schemi logici di tipo classificatorio e, quindi, dovrà verificare l'effettiva sussistenza formale dei presupposti dai quali la legge fa di pendere l'applicabilità, o meno, dei connessi effetti modificativi (rigidi, od elastici che siano). Se la circostanza sussiste (se cioè potranno dirsi integrati i requisiti legislativamente posti a fondamento della relativa disposizione normativa), dovrà procedere alla successiva applicazione delle sue dirette conseguenze; se invece la circostanza non sussiste, tali conseguenze non potranno essere prese in considerazione. Nella sostanza si tratta però sempre di giudizio che, secondo una prospettiva necessariamente antitetica (*aut-aut, entweder-oder*), risulta comunque ancorato ad una obbligatoria e preliminare opzione fra due sole alternative.

2.2.2 I caratteri funzionali delle circostanze del reato. Alcune premesse generali

Gli studi unisetoriali più progrediti ed attenti hanno incentrato la loro analisi e riflessione scientifica sulla «funzione» delle circostanze del reato. Distaccatisi da un'ottica investigativa meramente «strutturale»³¹⁵ che aveva portato ad una contrapposizione di opinioni del tutto asfittica, in quanto irrigidite sulle proprie posizioni queste non riuscivano a superare razionalmente e dialogicamente le aporie che attanagliavano l'istituto³¹⁶, parte della dottrina ha cominciato a focalizzare l'indagine sul-

³¹⁵ Incentrata cioè sull'indagine dei problemi di struttura della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base.

³¹⁶ Elementi essenziali vs elementi accessori; istanze legalistiche vs discrezionalità giudiziaria; circostanze proprie vs circostanze improprie.

la «funzione». Tale operazione fu, peraltro, condotta ponendo particolare attenzione ai risvolti che i diversi approcci funzionali determinerebbero sulla modulazione tensiva fra istanze legalitarie e discrezionalità giudiziaria.

Prendendo le mosse dalla tradizionale e pressoché unanimamente accettata definizione di circostanze del reato quali elementi di fattispecie che, accedendo ad una figura di reato già integra nei suoi requisiti essenziali, modificano in senso attenuante o aggravante la pena edittale³¹⁷, si è osservato che il riferimento alla «modificazione della cornice edittale» (quale effetto caratteristico dell'istituto), ne dovrebbe comportare la collocazione nell'ambito del momento legislativo della misura della sanzione e, in particolare, la sua iscrizione fra le «cause legali di variazione della pena» (*gesetzliche Strafänderungsgründe*). In tal senso giocherebbe, poi, anche il procedimento di tipizzazione che contraddistingue il singolo elemento circostanziante. Ebbene, il riferimento all'incisione sui margini edittali della pena ed il procedimento di individuazione strettamente legalistico della circostanza, ha comportato il concentrarsi della riflessione dottrinale su di un profilo che potremmo definire *astratto-tipologico*³¹⁸. Si osserva, infatti, che in presenza della circostanza, il legislatore ritiene non più adeguata la specie o cornice edittale già stabilita per il reato semplice e sostituisce l'una o sposta i termini dell'altra lungo l'intervallo delimitato dagli estremi minimo e massimo prefissati in generale per ciascuna specie di pena suscettibile di graduazione. La circostanza propria diviene, pertanto, lo strumento per ridisegnare una *nuova ed autonoma* fattispecie di reato predisponendo una *nuova ed autonoma* cornice edittale. Le conseguenze sotto il profilo funzionale appaiono *ictu oculi* evidenti. Le circostanze proprie assolvono, così, al compito di «determinazione legale» della fattispecie di reato³¹⁹. Sono, quindi, istituti di declinazione legislativa della fattispecie e della sua tipicità che svolgono le proprie mansioni sul piano «astratto» della previsione normativa.

Accanto alla richiamata modificazione edittale, sempre l'impostazione dottrinale tradizionale ritiene – sforzandosi di dare una spiegazione più puntuale in ordine alla funzione dell'istituto - che le circostanze del reato assolvano al compito di «individualizzazione» della responsabilità penale. Si osserva, infatti, come la finalità dell'istituto deve essere ravvisata nel decisivo contributo che questo recherebbe all'individualizzazione dell'illecito e della responsabilità penale, nella prospettiva di tendenziale riduzione dello iato che necessariamente separa la fattispecie astratta dalla concretezza del fatto storico e, quindi, di migliore adeguamento della pena al disvalore espresso da quest'ultimo³²⁰. Ebbene, la considerazione *de qua* appare scar-

³¹⁷ Cfr., fra tutti, in tal senso F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 373 s.; F. Mantovani F., *Diritto penale*, cit., 342 s.

³¹⁸ Cfr. in tal senso le riflessioni di A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, cit., 24 ss.

³¹⁹ Cfr. in tal senso A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, cit., 30 ss.

³²⁰ Cfr. in tal senso fra gli altri A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 4; F. Bricola, *Le aggravanti indefinite (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, cit., 1051; Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 359 e 388; A. Malinverni, *Per una teoria generale delle circostanze*, cit., 189 s.; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 342; G. Marini, *Le circostanze*, cit., 63 s. e 188.

samente conciliabile con la precedente prospettiva che ne aveva colto il significato funzionale nella determinazione legale della pena. Più precisamente, oltre e prima ancora che una diversa funzionalità, fra le due impostazioni è riscontrabile un differente approccio investigativo: l'uno a carattere *astratto-tipologico* e l'altro di tipo *concreto-commisurativo*. Con l'espressione «individualizzazione della responsabilità penale» si vuole, infatti, indicare il procedimento logico di definizione di una grandezza per successive approssimazioni. Quanto appena sottolineato coincide pienamente con il carattere contraddistintivo e peculiare delle operazioni commisurative. Il suddetto richiamo fa, dunque, sì che l'attenzione dello studioso venga a catalizzarsi sul piano *concreto-commisurativo* e cioè su quelle operazioni di misurazione della pena in cui le circostanze del reato vengono ad inscrivere con i loro effetti. L'idea *individualizzatrice* del trattamento sanzionatorio, di cui le circostanze del reato sarebbero espressione, non può, infatti, che collocarsi nell'alveo della commisurazione della pena. Questa può avvenire, poi, secondo due differenti e contrapposte direttrici, a cui sono sottesi due distinti soggetti: il legislatore ed il giudice. Da un lato, l'individualizzazione della pena può essere realizzata direttamente dal legislatore. Questi, infatti, ove predisponga un sistema di incisione sulla pena che non può essere messo in discussione da parte del giudice fa sì che quest'ultimo divenga un mero esecutore di quanto già previamente e presuntivamente stabilito. In tal caso si dovrà, pertanto, propriamente parlare di «commisurazione legale» della pena. Dall'altro lato, le operazioni di individualizzazione della pena possono avvenire anche ad opera del giudice, il quale, per mezzo della propria valutazione discrezionale, gradua l'incisione determinata dall'elemento circostanziale sul trattamento sanzionatorio irrogabile al reo.

Ebbene, alla luce delle considerazioni sviluppate, si può cogliere come sottese all'istituto si agitano forze tra loro in tensione dovute alla contemporanea coesistenza di funzioni e piani di indagine differenti. Più precisamente e in maniera riepilogativa, sul piano *astratto-tipologico* l'istituto delle circostanze del reato è colto nel suo apporto di rideterminazione della cornice edittale e, conseguentemente, nella sua funzione di determinazione legale della pena. Sul piano *concreto-commisurativo*, invece, le circostanze del reato sono viste nel loro ruolo dosimetrico-commisurativo e, conseguentemente, nella loro funzione di commisurazione legale o giudiziale (a secondo della concreta strutturazione) della pena.

Una precisazione – che sarà oggetto di specifica e diffusa analisi nel capitolo secondo – si rende, tuttavia, fin da subito necessaria. La rilevanza delle circostanze del reato sul piano commisurativo è propria dei soli elementi a variazione di pena proporzionale e non anche di quelli con variazione indipendente od autonoma. Per quest'ultima tipologia classificatoria di circostanze, la distinzione fra piano astratto e piano concreto appare, infatti, del tutto errata e ciò poiché queste esauriscono il loro apporto nel solo momento di ridefinizione del compasso edittale. Conseguentemente, anche la funzione dovrà considerarsi unicamente quella di determinazione legale

della pena. Le circostanze ad efficacia speciale³²¹ producono, infatti, i loro effetti direttamente sulla cornice editale ridefinendola (variazione indipendente) o qualitativamente mutandola (variazione autonoma).

In conclusione e prima di addentrarsi nell'analisi dei singoli aspetti funzionali e delle loro interrelazioni, è d'uopo osservare come all'antinomia funzionale e strutturale sopra rimarcata faccia ancora una volta da sfondo la problematica collocazione dell'istituto, in bilico fra le forme di manifestazione del reato e la commisurazione della pena. La stessa indagine funzionale finisce così per risentire della suddetta difficoltà, problematizzandosi. Inquadrare l'istituto fra le forme di manifestazione del reato significa, infatti, coglierne l'apporto valoriale/disvaloriale sotto il profilo della definizione astratta del tipo (*rectius* sottotipo) rappresentato dalla fattispecie circostanziata. La collocazione dell'istituto nel momento commisurativo, viceversa, sottolinea il valore/disvalore di cui l'elemento circostanziante è espressione sotto il profilo concreto della graduazione in aumento od in diminuzione della pena.

Queste, dunque, le coordinate della problematica della funzione delle circostanze che nel capitolo secondo ci proponiamo di analizzare principalmente - anche se non esclusivamente - nella loro dimensione commisurativa (e, quindi, sul piano pratico-applicativo), ma che in questa fase "preliminare" cercheremo di indagare nella duplice direttiva sopra emersa. Ci sforzeremo, pertanto, di leggere le diverse funzioni riconducibili all'istituto sul piano sia astratto-tipologico, sia concreto-commisurativo, cercando di evidenziare come le funzionalità che andremo a delineare non solo coesistono, ma acquistano anche una diversa caratterizzazione a seconda della prospettiva investigativa assunta.

2.2.2.1 Funzionalità *quantitativo-numerica*

Dal carattere formale della variazione di pena con efficacia *extra*-editale è possibile individuare una prima funzione assoluta dalle circostanze del reato: si tratta della funzione *quantitativo-numerica*³²².

Con la suddetta espressione si vuole cogliere il primo ed immediato effetto prodotto dall'elemento circostanziante e cioè quello di incidere (mediante una variazione numerica) sul *quantum* della pena.

Ebbene, occorre fin da subito osservare che *tanto* sul piano astratto-tipologico della determinazione legale, *tanto* su quello concreto-commisurativo della commisura-

³²¹ Eccezione fatta per quelle ad effetto speciale che seppur ricondotte dalla dottrina più autorevole e maggioritaria (nell'esegesi del dettato normativo di cui all'art. 63.3 c.p. così come modificato dalla riforma del 1984) nell'alveo delle circostanze c.d. ad efficacia speciale si differenziano profondamente dalle indipendenti e dalle autonome, presentando una variazione della pena di tipo proporzionale, in maniera identica a quelle ad efficacia comune. Se ne suggerisce, pertanto, una riconsiderazione autonoma.

³²² Si è deciso di utilizzare l'espressione "numerico" affiancata a quella "quantitativa", dal momento che quest'ultima è stata spesso utilizzata con significati ambigui ed alterni tanto in giurisprudenza che in dottrina. La precisazione terminologica ci rende, infatti, sicuramente maggiormente intuitivo e chiaro l'aspetto funzionale che intendiamo porre in evidenza e che attiene all'effetto variazione del *quantum* della pena.

razione della pena, le circostanze proprie assolvono la suddetta funzione, sebbene ne attuino una diversa declinazione. Seguendo l'approccio "astratto", infatti, la funzionalità quantitativo-numerica starebbe ad indicare che le circostanze del reato incidono direttamente sulla cornice edittale della pena, risultando così perfettamente consentanea con le istanze di determinazione legale. Secondo l'impostazione "concreta", invece, la funzionalità quantitativo-numerica opererebbe sulla pena-base, finendo per essere così consentanea alle istanze di tipo commisurativo della pena.

Ciò precisato sui due differenti approcci investigativi, si rende ora necessario osservare come i diversi meccanismi di variazione della pena legislativamente predisposti assolvano alla funzionalità in esame. Più precisamente, occorrerà indagare sulla funzione quantitativo-numerica ricoperta dall'istituto rispetto sia alle circostanze ad efficacia speciale sia alle circostanze ad efficacia comune, cogliendone i risvolti in punto di determinazione e/o commisurazione della pena.

Le circostanze ad efficacia speciale si caratterizzano per annoverare al loro interno due distinte tecniche di incisione sulla pena. La prima tecnica è c.d. a variazione *indipendente* ed importa la predisposizione di una nuova cornice edittale autonomamente ricalcolata per la fattispecie circostanziata. In questo caso il profilo quantitativo-numerico è funzionale ad evidenziare la realizzazione di una netta prevalenza delle istanze di determinazione legale della pena. La cornice edittale viene ricalcolata, infatti, in maniera del tutto autonoma rispetto all'originaria forbice presentata dalla fattispecie semplice ed il legislatore in questi casi non pone alcun limite al divario numerico-quantitativo che può realizzarsi, potendo così risultare quest'ultimo talmente profondo da smarrirsi quel rapporto di sottotipizzazione e di movimento nell'alveo disvaloriale del fatto base che si è detto, nei paragrafi iniziali del capitolo, essere proprio dell'elemento circostanziante. Basti porre mente, a titolo esemplificativo, alla circostanza attenuante speciale con variazione di pena indipendente di cui all'art. 73.5 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309³²³. Stabilisce testualmente questa che «Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della *reclusione da uno a sei anni e della multa da € 3.000 a € 26.000*»³²⁴. La nuova pena ivi prevista appare, dunque, sensibilmente differente rispetto a quella accordata dalla fattispecie semplice ex art. 73.1 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 «[della] *reclusione da sei a venti anni e [della] multa da € 26.000 a € 260.000*». Il massimo della pena della fattispecie circostanziata risulta coincidere con il minimo di quella semplice. Inoltre, per quanto attiene alla pena detentiva tra il minimo irro-

³²³ La suddetta norma, si badi bene, nelle more della pubblicazione del presente lavoro è stata trasformata dal legislatore in fattispecie autonoma di reato. La legge che ha attuato quanto sopra, è stata necessitata da una importante pronuncia della Corte Costituzionale la n. 251 del 2014 (a cui sono seguite le sentenze 105 e 106 del 2014 rispettivamente in tema di 609 *bis.2* e 628 c.p.) la quale compie esattamente il ragionamento da noi sviluppato nel proseguo del testo in epoca antecedente alla stessa pronuncia. Sebbene le conclusioni di carattere generale che svilupperemo in ordine all'art. 69.4 c.p. saranno siano parzialmente differente rispetto all'impostazione tenuta dalla Corte Costituzionale fino ad oggi.

³²⁴ Il corsivo è nostro.

gabile per la fattispecie circostanziata ed il massimo della fattispecie semplice vi è un rapporto di quasi uno a sette³²⁵. Per quanto attiene, invece, alla pena pecuniaria, fra la misura minima prevista per la fattispecie circostanziata e la misura massima accordata alla fattispecie semplice intercorre un rapporto di quasi 1 a 87³²⁶. La sproporzione numerico-valoriale appare macroscopica³²⁷. La seconda tecnica di incisione sulla pena prevista dalle circostanze ad efficacia speciale è rappresentata dalla c.d. variazione *autonoma*. Queste, come espressamente stabilito dall'art. 63.3 c.p.³²⁸, importano una variazione della *specie* della pena. Così, ad esempio, una fattispecie semplice punita con la *reclusione* in virtù di una circostanza aggravante autonoma può essere punita con la pena dell'*ergastolo*³²⁹. Ebbene, la suddetta tipologia di circostanze non appare svolgere alcun ruolo di tipo quantitativo-numerico ma più propriamente assolve una funzione di mutamento *qualitativo*. La variazione del *quantum* della pena acquisisce qui un ruolo del tutto secondario potendoci essere come non. Ciò che rileva è, invece, il mutamento sul piano qualitativo della pena. In questo caso, in maniera forse ancor più marcata rispetto alla precedente ipotesi, si avverte con inusitata nitidezza la funzione di determinazione legale ricoperta dall'istituto. Se, infatti, nella variazione di pena indipendente le istanze di determinazione legale finiscono per essere sì presenti, ma in definitiva sempre un po' ricollegate al grado di scostamento che la cornice edittale della fattispecie circostanziata presenta rispetto alla fattispecie base³³⁰, con la variazione di pena autonoma il divario è *netto e radicale* in quanto sottesa vi è una riconsiderazione legislativa del disvalore della fattispecie così marcata che ne ha determinato il mutamento della *specie* della pena. In conclusione sul punto, le circostanze ad efficacia speciale (tanto a variazione di pena indipendente quanto autonoma) si contraddistinguono per realizzare sul piano funzionale una netta prevalenza delle istanze di determinazione legale della pena. E', infatti, il legislatore in prima persona a ridefinire il nuovo compasso edittale o la specie della pena al fine di renderla astrattamente proporzionata al mutato disvalore di fattispecie.

³²⁵ Il massimo edittale previsto dalla fattispecie semplice è cioè il settuplo del minimo edittale accordato per la fattispecie circostanziata.

³²⁶ Il massimo edittale previsto dalla fattispecie semplice è cioè ottantasette volte maggiore del minimo edittale accordato per la fattispecie circostanziata.

³²⁷ Sottolinea tale aspetto anche la recente sentenza della Corte costituzionale in tema di recidiva reiterata e limiti al giudizio di equivalenza o prevalenza *ex art.* 69.4 c.p. C. Cost. n. 192/2012.

³²⁸ Sono circostanze autonome quelle per le quali «la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria».

³²⁹ A titolo esemplificativo in tal senso si può citare la circostanza speciale a variazione di pena autonoma di cui all'art. 577.1 n. 1 c.p. «Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto previsto dall'art. 575 è commesso contro l'ascendente o il discendente».

³³⁰ Nel senso che più ampio è lo scollamento più marcata l'operazione di determinazione legale, più, invece, le cornici edittali si sovrappongono, più i disvalori ad esse sottese possono parzialmente combaciare con la conseguenza che la pena irrogata per la fattispecie circostanziata può risultare ricompresa nella cornice edittale prevista dalla fattispecie semplice.

Le circostanze ad efficacia comune e quelle ad effetto speciale prevedono entrambe un meccanismo di variazione della pena di tipo proporzionale, che opera a partire - come stabilito dall'art. 63.1 c.p. - dalla pena-base. A ben vedere, le suddette tipologie di circostanze prendono le mosse con il loro effetto incisivo quantitativo-numerico da quello che è il "cuore" del processo commisurativo, ponendosi come sviluppo logico-dosimetrico delle già avviate operazioni di misurazione della pena. Evidente, dunque, la preminente funzione commisurativa dei suddetti elementi, i quali non si propongono tanto di ridefinire astrattamente la fattispecie di reato, quanto piuttosto di - e ciò ce lo dice la disciplina - graduare concretamente la pena da irrogare al reo in relazione al valore/disvalore espresso dall'elemento stesso. Ebbene, nell'analisi appena intrapresa occorre ulteriormente distinguere fra circostanze ad efficacia comune con variazione di pena proporzionale-*fissa* e circostanze ad efficacia comune con variazione di pena proporzionale-*elastica*. Con la prima tipologia di elementi il legislatore dispone che una determinata circostanza importi un aumento della pena-base pari ad una specifica e determinata entità proporzionale (aumento di un terzo, diminuzione di due terzi, ecc.). In questo caso l'operazione commisurativa risulta "fortemente guidata" dal legislatore. Questi, infatti, introduce una presunzione quantitativo-numerica (disvaloriale o valoriale) di cui l'elemento circostanziale sarebbe sempre ed in ogni caso espressione. Tale valutazione è, dunque, effettuata una volta per tutte a monte ed in astratto dal legislatore e non è suscettibile di alcuna modulazione né graduazione nel momento applicativo da parte del potere giudiziario. La funzione che si viene, pertanto, a realizzare in presenza di una circostanza a variazione di pena proporzionale fissa è evidentemente di tipo commisurativo-legale. Considerazioni radicalmente differenti si devono, invece, svolgere in relazione a quelle circostanze che presentano un meccanismo di variazione di pena proporzionale-elastico. Con la suddetta tecnica normativa il legislatore individua in misura *variabile* e cioè tra un minimo ed un massimo la variazione proporzionale della pena. Più precisamente, questi fissa in termini proporzionali frazionari una entità numerica massima di variazione di pena, rimettendo al giudice il compito di dosimetricarla in relazione alla concreta intensità (valoriale o disvaloriale) con cui l'elemento circostanziale si è manifestato. In questo caso l'apporto funzionale quantitativo-numerico finisce, pertanto, con il corroborare le istanze di commisurazione giudiziale della pena. All'interno del *genus* rappresentato dagli elementi circostanziali a variazione di pena elastica occorre, tuttavia, ulteriormente distinguere fra due diverse tecniche di strutturazione. Da un lato vi sono quegli elementi circostanziali che fanno operare la variazione proporzionale della pena a partire da una sola unità di misura³³¹ in più o in meno rispetto alla pena-base (la pena è aumentata fino ad un terzo, la pena è diminuita fino ad un terzo)³³². Dall'altro vanno, invece, collocati quegli istituti che presentano un margine minimo di variazione proporzionale espressamente positivizzato e differente rispetto alla mera unità di misura base (la pena è aumentata da un terzo alla metà, la pena è diminuita da un terzo alla me-

³³¹ Ovviamente dello stesso genere e della stessa specie.

³³² Si tratta, come appare evidente *ictu oculi*, della ipotesi base generalmente accordata agli elementi circostanziali ai sensi degli artt. 64 e 65 c.p.

tà). In quest'ultimo caso il legislatore procede a fissare di volta in volta il minimo ed il massimo della variazione e non si avvale, pertanto, di clausole generali. In queste differenti ipotesi appare particolarmente interessante capire come la funzione quantitativo-numerica propria dell'elemento circostanziante si presti ad accentuare da un lato la commisurazione giudiziale della pena e dall'altro cerchi, invece, di innestare un momento di commisurazione legale su di uno (più ampio) di commisurazione giudiziale³³³.

2.2.2.2 Funzionalità *qualitativo-concretizzatrice*

Sebbene il primo portato funzionale dell'istituto delle circostanze proprie sia da rintracciarsi sotto il profilo *numerico-quantitativo*, occorre osservare che questo non ne esaurisce le funzioni. Le circostanze non hanno, infatti, il solo effetto di incidere numericamente sulla pena, ma svolgono anche una funzione ed un ruolo, tradizionalmente definito come «politico»³³⁴, di tipo *qualitativo-concretizzante*.

E' necessario chiarire cosa si intenda con i due termini sopra evidenziati e quale sia il significato specifico della loro combinazione.

Innanzitutto, per mezzo dell'espressione «apporto funzionale *qualitativo*» si vuole fare riferimento ad un contributo *valoriale-tipizzante* che incide in aumento o in diminuzione sul disvalore del fatto base di reato. Più precisamente, il suddetto innesto concorre alla modulazione di una nuova fattispecie di reato dotata di un autonomo disvalore. Questa è la risultante della combinazione fra il disvalore espresso dagli elementi costitutivi essenziali della fattispecie semplice ed il valore/disvalore manifestato dai singoli elementi circostanzianti³³⁵. La circostanza propria contribuisce funzionalmente, pertanto, alla ridefinizione dell'assetto valoriale complessivo della fattispecie di reato a cui accede.

Con l'espressione «apporto funzionale *concretizzante*» si intende, poi, sottolineare il fatto che la circostanza descrive dettagliatamente un elemento concreto del fatto storico. Contribuisce, in buona sostanza, a delineare una peculiare manifestazione fenomenica della fattispecie semplice, mettendone in rilievo alcuni tratti specifici e concreti. La suddetta operazione di sottotipizzazione descrittiva avviene attraverso la tipizzazione di alcuni specifici elementi attinenti al fatto e/o alla persona del reo, che non erano stati presi in considerazione nella fattispecie astratta semplice. Alla luce delle suddette riflessioni si è sottolineato come le circostanze facciano da *trait d'union* fra il fatto astratto di reato ed il caso concreto, agevolando il realizzarsi di quell'essenziale movimento che prende le mosse dalla fattispecie astratta e conduce al fatto concreto.

³³³ Per ulteriori e più diffuse osservazioni sul punto si rinvia la capitolo 4.

³³⁴ Cfr. in tal senso la tradizionale affermazione del Santoro che tanto scalpore e discussione aveva suscitato: le circostanze modificano la gravità politica del reato. A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit. 116 ss. Per una successiva diffusa analisi del concetto vedi in particolare G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, 68 ss.

³³⁵ In altre parole, la circostanza del reato è sempre foriera di un valore/disvalore che nel momento della combinazione normativa con la fattispecie semplice va a delineare con il proprio contributo il diverso e nuovo disvalore della fattispecie (*id est* quella circostanziante) risultante.

Ebbene, tutto ciò premesso occorre ora analizzare il significato della combinazione semantica utilizzata per descrivere la funzione in esame.

«Funzionalità *qualitativo-concretizzatrice*» è espressione linguistica composta particolarmente felice poiché nell'interrelazionare fra loro il profilo qualitativo e quello concretizzatore, non si fa altro che sottolineare come l'apporto valoriale dell'elemento circostanziante debba essere apprezzato in una ottica di riduzione dello iato fra fattispecie astratta e fatto concreto e cioè nella sua dimensione descrittivo-tipizzante. Il valore/disvalore di cui la circostanza propria è espressione altresì non è, dunque, che un elemento concreto e specifico che attinente al fatto storico di reato o alla persona del suo autore a cui il legislatore ha dato la suddetta connotazione.

La funzione in esame necessita, poi, di essere apprezzata e letta sia in chiave *astratto-tipologica*, sia sul piano *concreto-commisurativo*.

Sotto il primo profilo si sottolinea così come la rimodulazione della fattispecie semplice di reato non avvenga sul solo piano quantitativo ma anche e prima ancora su quello qualitativo-valoriale. La nuova fattispecie di reato (*id est* quella circostanziata) diviene così espressione di un autonomo e peculiare disvalore, distinto da quello base. L'apporto qualitativo produce, dunque, una immutazione del disvalore di fattispecie e, conseguentemente, del tipo di cui essa è espressione. Nella logica astratto-tipologica, l'apporto funzionale qualitativo dell'elemento circostanziale assume, dunque, un ruolo centrale nel corroborare le istanze di determinazione legale della fattispecie. Quanto, invece, al corollario della funzione concretizzatrice deve più semplicemente osservarsi che, nell'ottica in esame, questo starebbe ad indicare che la nuova fattispecie circostanziata si caratterizza per la presenza di elementi descrittivi specifici relativi a concreti aspetti di manifestazione fenomenica del fatto di reato.

Sotto il profilo *concreto-commisurativo*, l'apporto *qualitativo* finisce per sfumare, perdendo un po' della propria centralità a favore, però, della funzionalità *concretizzatrice*. Più precisamente, nell'ottica appena assunta, l'incisione qualitativo-valoriale rappresenterebbe una sorta di corollario indefettibile della variazione quantitativo-numericale. Con il mutare del *quantum* di pena irrogabile muta necessariamente, infatti, anche il disvalore di cui il fatto storico è espressione e a cui l'irroganda pena deve essere parametrata. Il concetto di «apporto concretizzatore», invece, risulta esaltato dalla dinamica commisurativa. Questo coglie, infatti, appieno il significato funzionale dell'istituto, collocato in quel processo di progressiva definizione della pena e volto a tracciare i fili della relazione fra fatto di reato e sua concreta manifestazione fenomenica. Alla luce delle riflessioni fin qui svolte appare chiaro che nell'ottica concreto-commisurativa la funzionalità qualitativo-concretizzatrice finisce con il rafforzare le istanze commisurative (legali e/o giudiziarie) ad essa sottese.

2.2.2.3 Funzionalità *descrittivo-tipizzante*

In stretta correlazione con la funzionalità appena rimarcata e più precisamente con il carattere concretizzatore dell'istituto delle circostanze del reato, occorre sottolineare come queste svolgano anche un ruolo *descrittivo-tipizzante*. L'elemento circostanziante, infatti, si caratterizza per essere una norma dotata di un elevato tasso

di analiticità descrittiva della situazione concreta che l'elemento stesso si propone di connotare in termini valoriali.

In altre parole, il legislatore predispone una attenta e dettagliata descrizione del fatto concreto a cui intende dare rilievo e, conseguentemente, innestandola – per mezzo della disciplina opportunamente predisposta – sulla fattispecie semplice ed agendo nel suo alveo disvaloriale, dà vita ad un nuovo *sottotipo* di reato “particolarreggiato” nella sua descrizione.

La circostanza del reato svolge, dunque, un ruolo funzionale di descrizione analitica del sottotipo in chiave di demarcazione e progressiva definizione legislativa del suo disvalore.

Ciò premesso in termini generali e di massima in ordine all'istituto delle circostanze del reato ed alla sua funzione descrittivo-tipizzante, occorre tuttavia porre attenzione ad alcune tipologie classificatorie ed in particolare alla contrapposizione fra *circostanze definite/circostanze indefinite* e *circostanze speciali/circostanze comuni* e ciò al preciso fine di valutare la concreta portata delle affermazioni preliminari appena svolte.

Procedendo con ordine, sono *definite* quelle circostanze previste attraverso una espressa descrizione legislativa della situazione. Così, ad esempio, la situazione dell'«aver agito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui» (art. 62.1 n. 2 c.p.). La modalità di previsione legislativa sottesa alla tipologia classificatoria di circostanze ora in esame appare, a ben vedere, perfettamente consentanea alla funzionalità descrittivo-tipizzante. Il legislatore rispetto alle circostanze definite si propone e realizza, infatti, un'analitica e dettagliata tipicizzazione dell'elemento fattuale che si intende eleggere e connotare peculiarmente in termini valoriali e di disciplina. Procedimento descrittivo questo, dunque, che seppure non implica un annullamento del ruolo interpretativo del giudice³³⁶, sul piano astratto si caratterizza per dare corpo ad una spiccata determinatezza della risultante fattispecie, arricchita da tutta una serie di elementi del fatto storico già considerati, in quanto positivizzati, nella norma. Si dicono, viceversa, *indefinite* quelle circostanze che sono prive di descrizione legislativa e rimettono, pertanto, al giudice l'individuazione e la valutazione degli elementi fattuali del caso concreto eventualmente significativi ai fini della variazione della pena (ad esempio le attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p.). Ebbene, l'apporto descrittivo dato dall'elemento circostanziale è in questo caso pressoché nullo. Il legislatore si limita, infatti, solo ad indicare l'elemento sotto il profilo qualitativo-valoriale e quantitativo-numeric, ma nulla dice in ordine alla sua descrizione. Per mezzo della costruzione generica si deferisce così al giudice il compito di descrivere la circostanza e, quindi, di definire il sottotipo.

³³⁶ Basti, infatti, pensare come gli elementi circostanzianti di cui agli artt. 61.1 n. 7 e 62.1 n. 4 c.p. richiedano un delicato apprezzamento da parte dell'interprete il quale deve, sebbene si debbano ritenere essere le circostanze *de quibus* di tipo oggettivo, valutare la gravità o tenuità del danno patrimoniale cagionato anche alla luce – almeno questo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario – delle concrete possibilità economiche della vittima.

La funzionalità descrittivo-tipizzante acquista poi un valore parzialmente diverso a seconda della distinzione fra circostanze speciali e circostanze comuni. Occorre, infatti, osservare che gli elementi circostanzianti che trovano applicazione solo in relazione ad uno o più reati espressamente individuati dal legislatore presentano una efficacia descrittivo-sottotipizzante particolarmente accentuata. Nel definirli, infatti, il legislatore è come se avesse avuto chiaramente davanti ai propri occhi il fatto concreto di reato nella sua manifestazione fenomenica. In questo caso appare, pertanto, essersi proceduto alla tipicizzazione normativa dell'elemento circostanziante attraverso un movimento di tipo induttivo. Prese le mosse dal caso concreto viene poi elaborato l'elemento normativo. Esemplificando, per rendere più chiare le riflessioni appena svolte, il legislatore ha davanti ai suoi occhi il fatto di parricidio e, conseguentemente, decide di punirlo più gravemente tipizzandolo all'interno dell'art. 576.1 n. 2 c.p. ed affiancando la disposizione alla fattispecie semplice omicidiaria ex art. 575 c.p. Si badi bene, quando poi il legislatore richiama nella parte speciale una circostanza comune (mutandone così l'effetto) il procedimento non cambia. Si ha davanti quel fatto tipico di reato circostanziato ed il richiamo nella parte speciale viene effettuato per ragioni di disciplina³³⁷. Ebbene, la diversa incidenza accordata al medesimo elemento nella parte generale e nella parte speciale è sintomatica proprio del fatto che nel secondo caso il legislatore si misura con un fatto storico concreto e con il suo disvalore. Un chiaro esempio in tal senso è dato dall'art. 576.1 n. 2 c.p. il quale richiamando l'art. 61 n. 4 c.p. e cioè la circostanza aggravante dell'aver agito usando sevizie o crudeltà contro la persona, dimostra di volere fare fronte a una casistica di fatti di reato (sottotipici) tristemente diffusi. Un differente ruolo nell'apporto descrittivo viene, invece, svolto dalla circostanza comune. Essendo questa prevista nella parte generale del codice ed essendo, conseguentemente, suscettibile di astratta combinazione con tutte le singole fattispecie di reato della parte speciale, presenta un grado di capacità descrittiva più contenuto rispetto alle circostanze speciali. Il legislatore in questo caso non ha, infatti, il singolo e concreto fatto di reato davanti ai propri occhi ma la pura e semplice circostanza, scissa dalla fattispecie con cui si potrà combinare. La sua positivizzazione diviene, quindi, espressione di una valutazione legislativa sviluppatasi in termini differenti rispetto alla circostanza speciale dal momento che questa risulta essere suscettibile di apprezzamento valoriale/disvaloriale con efficacia generalizzante e per così dire "a prescindere" dalla sua concreta combinazione con il singolo reato. Ad esempio, una truffa posta in essere mediante la violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione non è apprezzata di per se stessa in astratto quale fatto tipico di reato, ma il legislatore considera e valuta il singolo elemento circostanziale a prescindere dalla suddetta combinazione. L'art. 61.1 n. 5 c.p. acquisisce così una portata generale dal momento che la violazione dei doveri inerenti la propria funzione viene considerato un elemento dal di-

³³⁷ Di solito si accorda, infatti, una variazione di pena differente rispetto a quella genericamente individuata per le fattispecie comuni di cui agli artt. 61 e 62 c.p. e cioè l'aumento o la diminuzione della pena fino ad un terzo (variazione proporzionale elastica).

svalore diffuso e astrattamente compatibile con ogni fattispecie di reato a cui apporta il proprio *quid pluris*. Dalle osservazioni appena sviluppate discende, quale inevitabile corollario, che la descrizione normativa della circostanza comune presenta un tasso di analiticità descrittiva più contenuto rispetto a quella speciale.

2.2.2.4 Funzionalità *commisurativa*

Con la funzione ora in esame intendiamo sottolineare il ruolo che le circostanze del reato svolgono nella misurazione della pena, così come evidenziato dalla disciplina codicistica.

Essendoci già diffusamente soffermati nei paragrafi precedenti sia sull'opportunità di un inquadramento sistematico dell'istituto nel momento commisurativo³³⁸ sia sulle implicazioni concettuali che questo comporta, il presente paragrafo sarà principalmente finalizzato ad analizzare le differenze intercorrenti fra «commisurazione *giudiziale*» e «commisurazione *legale*» della pena, anime queste che sebbene antitetiche risultano ad un'attenta analisi entrambe sottese alla funzionalità commisurativa assolta dall'elemento circostanziante.

Preliminarmente, tuttavia, occorre ricordare che, stante il loro caratteristico effetto di incisione sulla pena ed il loro apporto qualitativo-valoriale, le circostanze «proprie» sono strumenti legislativamente predisposti al preciso fine di far sì che la pena che risulterà irrogata all'esito del processo sia «equa» e cioè «proporzionata» alla colpevolezza per il fatto storico di reato, così come valutato *anche* da parte del legislatore.

Un procedimento commisurativo complesso, dunque, dove fin da subito si possono nitidamente avvertire *sia* l'esigenza di riservare al prudente ed ineliminabile (in quanto costituzionalmente fondato) “filtro” del giudice la valutazione del caso concreto e la graduazione del *quantum* di pena, *sia* la volontà del potere legislativo di estendere la propria *longa manus* fin nel più intimo delle operazioni valutative giudiziarie. In quest'ultimo caso la valutazione astratto-presuntiva del legislatore si sostituisce a quella giudiziaria. Il giudice risulta così “compresso” se non addirittura “annullato” nella sua discrezionalità tanto sotto il profilo *quantitativo*, tanto sotto quello *qualitativo*.

Diversi “piani” ed al loro interno diverse “strutture”, quindi, in cui ancora una volta si intrecciano e sovrappongono le istanze statico-legalitarie tese alla commisurazione legale della pena e le istanze dinamico-valutative tese all'incremento della discrezionalità giudiziaria e del suo ruolo commisurativo.

Sempre in via preliminare si rendono, poi, necessarie due ulteriori premesse chiarificatorie.

In primo luogo, è d'uopo distinguere in maniera netta fra le diverse funzioni ricollegate alle circostanze del reato: determinazione legale e/o giudiziale della fattispecie penale e commisurazione legale e/o giudiziale della pena.

³³⁸ E non tanto, quindi, nella “dinamica strutturale” del reato quale forma di manifestazione dello stesso.

Procedendo con ordine, con il concetto di «determinazione della fattispecie penale» si intende fare riferimento a quelle operazioni che incidono direttamente sulla fattispecie astratta di reato circostanziato e cioè sulla sua concreta definizione disvaloriale e modulazione sanzionatoria. In buona sostanza, le attività di determinazione della fattispecie incriminatrice mirano ad incidere direttamente sulla norma penale e sulla sua struttura e portata. In tema di circostanze del reato, tale attività non è accentrata nelle esclusive mani del potere legislativo, ma per certi aspetti - specificamente individuati nei loro termini dall'assetto disciplinare codicisticamente predisposto - è attribuita anche al potere giudiziario. In tal senso occorre, pertanto, distinguere nettamente fra «determinazione *legale*» e «determinazione *giudiziale*» della fattispecie di reato. Con l'espressione determinazione *legale* intendiamo fare stretto riferimento alla dimensione *astratta* della sottofattispecie di reato. La locuzione linguistica *de qua* coglie, infatti, l'apporto funzionale dell'elemento circostanziante a livello "normativo" di fissazione dei contorni (sanzionatorio-valoriali) della fattispecie circostanziata, frutto della combinazione fra l'elemento accessorio e gli elementi costitutivi del reato semplice. In tale ottica, pertanto, le circostanze del reato sarebbero degli strumenti nelle mani del potere legislativo con la funzione "costitutiva" di nuovi sottotipi di reato con relativo nuovo compasso editale. Si badi bene, la funzione in esame si colloca su di un piano e dimensione che prescinde dalla concreta realizzazione del fatto storico di reato sebbene logicamente lo presupponga. Infatti, l'effetto di ridefinizione legislativa della forbice editale (tipico delle circostanze a variazione di pena autonoma od indipendente) è già astrattamente considerato dal legislatore nel momento in cui prevede la singola circostanza propria e ne individua la sfera applicativa. Pur tuttavia, presuppone concettualmente - come è d'altronde ovvio che sia - la concreta integrazione dell'elemento circostanziante ed il suo accertamento giudiziario. Con l'espressione «determinazione *giudiziale*» del reato si intende, invece, fare riferimento a quel processo di definizione normativa della fattispecie circostanziata che avviene ad opera dell'organo giurisdizionale. Sebbene, infatti, il compito di determinazione della fattispecie di reato sia stato tradizionalmente custodito nelle sole mani del potere legislativo³³⁹, attraverso la formulazione di alcuni specifici istituti e/o il loro ampliamento applicativo è stato gradualmente e parzialmente affidato nelle mani del giudice che è venuto, conseguentemente, a ricoprire un ruolo *para*-legislativo. Quest'ultimo, infatti, in virtù di alcune disposizioni proprie delle circostanze del reato delle quali è chiamato all'applicazione³⁴⁰, concorre con il legislatore alla definizione del corredo normativo e degli istituti che dovranno operare nel singolo caso concreto. E' d'uopo osservare, inoltre, che la suddetta funzionalità esplica i propri effetti in una fase del tutto peculiare che è sì astratta ma che presuppone e non prescinde dal concreto fatto storico e dal suo accertamento. Più

³³⁹ Dal momento che di fondo se ne ravvisa la facoltà di compiere una scelta incriminatrice o comunque sia di definire la fattispecie nei sui margini sanzionatori come tali necessariamente assoggettate al più stretto rigore imposto dalla legalità penale.

³⁴⁰ Il riferimento, come avremo modo di trattare diffusamente nel prossimo capitolo, è all'art. 62 *bis* c.p. e all'art. 69 c.p.

precisamente, la funzione di determinazione giudiziale presuppone un giudizio discrezionale-valutativo che muove dall'analisi del fatto *hic et nunc* realizzatosi per esplicitare i propri effetti in una fase "normativa" di determinazione della fattispecie circostanziata e dei suoi elementi. Si tratta, dunque, di istituti che operano in un momento prodromico rispetto alle operazioni di stretta graduazione della pena e ciò poiché realizzano una selezione e valutazione del fatto storico nelle sue concrete capacità modulative della fattispecie.

Con il concetto di «commisurazione della pena» si intende, invece, fare riferimento a quelle operazioni *pratico-applicative* di natura *valutativa* che il giudice di cognizione compie nel provvedimento di condanna e che si articolano nelle diverse fasi della commisurazione *in senso stretto* ed *in senso ampio*. La fase della misurazione della pena è finalizzata a parametrare il trattamento sanzionatorio al disvalore concretamente espresso dal caso concreto e ciò in forza delle sottese esigenze di individualizzazione della pena improntate al sommo principio di proporzionalità. Ebbene, le operazioni dosimetriche in esame non sono prerogativa esclusiva del potere giudiziario ma per certi aspetti sono perseguite *anche* direttamente dal potere legislativo. Nel primo caso si parlerà, pertanto, di commisurazione *giudiziale* e nel secondo di commisurazione *legale* della pena.

Prima di procedere diffusamente nell'analisi delle articolazioni *de quibus* occorre precisare che la «funzione commisurativa» si coglie solo ed esclusivamente rispetto alle circostanze ad efficacia comune o ad effetto speciale. In queste ipotesi, infatti, l'elemento circostanziante si inserisce con i propri effetti di aumento o diminuzione nel cuore delle operazioni di graduazione del trattamento sanzionatorio, operando direttamente sulla pena-base. Viceversa, le circostanze con variazione di pena indipendente od autonoma, chiamano l'interprete ad una attività che si esaurisce tutta e solo a livello astratto di definizione della cornice edittale o della *species* di pena (legislativamente accordata) per la fattispecie circostanziata. Ebbene, come più volte precisato, in quest'ultimo caso l'unica funzione che appare potersi apprezzare è quella di determinazione legale della fattispecie incriminatrice³⁴¹.

Ciò opportunamente precisato e tornando alla funzionalità commisurativa propria degli elementi circostanzianti con variazione proporzionale della pena (che costituiscono il modello-base a cui si è ispirato il legislatore), occorre ricordare che le operazioni di individualizzazione del trattamento sanzionatorio possono avvenire sia ad opera del giudice che del legislatore. Più precisamente, sebbene di fondo all'istituto delle circostanze del reato sia sempre ravvisabile un effetto "legalistico" anche minimo di incisione sulla pena, dovendo questo individuarsi nel concetto di

³⁴¹ Anche se sarà oggetto di più diffusa analisi nel proseguio, si deve fin da subito precisare che a nostro avviso non è del tutto corretto parlare di «commisurazione legale della pena» rispetto alle circostanze con variazione indipendente od autonoma, ma di «determinazione legale della fattispecie». Ciò in virtù della netta distinzione che si è voluto fare fra piano astratto-tipologico e concreto-commisurativo. L'istituto in esame appare, infatti, collocabile nell'alveo del primo e non nel secondo.

obbligatorietà (dell'aumento o della diminuzione)^{342 343}, le circostanze ad efficacia comune o ad effetto speciale possono dare corpo ad una *esaltazione* del potere commisurativo giudiziario, ad un suo *contenimento e ridimensionamento*, oppure ad un suo vero e proprio *annullamento*.

In ragione di ciò all'interno della funzione commisurativa della pena possono essere individuati tre modelli fra loro divergenti: commisurativo-*legale*; commisurativo-*misto*; commisurativo-*giudiziale*.

Procedendo con ordine ed in maniera sintetica, in quanto la problematica sarà oggetto di più diffusa analisi nel capitolo secondo, occorre prendere le mosse dal concetto di «commisurazione *legale* della pena». Ebbene, In questo caso è il legislatore a svolgere le operazioni commisurative in senso ampio ed il giudice risulta mero esecutore di quanto previamente e presuntivamente stabilito dal disposto normativo. Più precisamente, in tale ipotesi l'elemento circostanziale introduce una presunzione assoluta di valore. Questo, infatti, non solo viene - nel momento della sua positivizzazione - valutato sul piano valoriale/disvaloriale, ma viene anche soppesato nel suo concreto "peso incisivo". Il modello circostanziale di riferimento è quello delle c.d. circostanze a variazione di pena proporzionale *fissa*: il legislatore ne considera il segno aggravante od attenuante e fissa in modo univoco e preciso (in termini proporzionali) la concreta capacità di incisione sul *quantum* di pena irrogabile. Questa tipologia classificatoria di circostanze svolge, dunque, una funzione in senso commisurativo-*legale*³⁴⁴.

Il secondo modello funzionale individuabile in seno alle operazioni di misurazione della pena lo abbiamo definito *misto* e ciò poiché valorizza al contempo sia le

³⁴² Nel senso che una volta accertata l'esistenza da parte del giudice nel caso concreto della verifica dell'elemento circostanziale questi deve necessariamente applicarlo dando così luogo agli effetti modificativi della pena ad esso conseguenti. Non è, infatti, ammessa una discrezionalità giudiziaria che si manifesti tanto nella fase dell'accertamento dell'elemento circostanziale e dei suoi presupposti, tanto in quello successivo di scelta o meno della sua concreta applicazione e, quindi, del prodursi dei suoi effetti quali-quantitativi. Particolarmente attente e puntuali a tale proposito appaiono le osservazioni di F. Mantovani, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 342.

³⁴³ Sempre si verifica, dunque, l'incisione legislativa sulla pena e, quindi, un momento base indefettibile sotteso all'istituto delle circostanze del reato ed alla loro funzione è ravvisabile nella commisurazione legale. Anche l'aumento elastico a variazione proporzionale della pena di una singola unità di misura, infatti, (un giorno di pena detentiva od un euro di pena pecuniaria) impone una valutazione ed un obbligo in tal senso da parte del giudicante. Quest'ultimo anche se nella sua ampia discrezionalità deve accordare tale effetto modificativo minimo, frutto di un obbligo legislativamente imposto e non discutibile. Mettere in discussione tale effetto incisivo implicherebbe, come precisato nella nota precedente, accordare la facoltà al giudice di mettere in discussione la stessa scelta legislativa. L'effetto non sarebbe, infatti, relegato al piano meramente quantitativo-dosimetrico, ma si estenderebbe più radicalmente sull'*an* dell'elemento. Il giudice potrebbe decidere se applicare o meno la circostanza del reato dando esprimendo in tutto e per tutto un potere *para* (o *contra* stanti gli effetti)-normativo.

³⁴⁴ Particolari problematiche e difficoltà sul punto si devono riscontrare in relazione alle circostanze comuni dal momento che trovano astratta applicabilità rispetto a tutte le fattispecie di reato. Discorso diverso attiene gli elementi circostanziali speciali, previsti ed accordati dal legislatore in relazione ad ogni singola disposizione normativa. Su tale aspetto e per le dovute considerazioni si rinvia alla parte conclusiva del capitolo secondo.

istanze commisurativo-legali che quelle commisurativo-giudiziali. In buona sostanza, la disciplina offerta dall'elemento circostanziante nella logica funzionale *de qua* manifesta simultaneamente un'attenzione tanto verso le esigenze legalistiche volte all'accentramento dei compiti di misurazione nelle mani del legislatore, tanto verso quelle discrezionali-valutative sottese alla valorizzazione del ruolo del potere giudiziario. Ciò a riprova del fatto – come peraltro precisato nei paragrafi precedenti – che le due diverse istanze, sebbene in evidente conflittualità logica, possono coabitare all'interno del medesimo istituto. In tal caso il problema viene interamente ad incentrarsi sulla disciplina legislativamente accordata: questa deve essere, infatti, improntata alla ricerca di un buon equilibrio e pertanto dotata di un elevato tasso di "razionalità" anche alla luce del complesso normativo in cui si inserisce. Al modello ora in esame sono riconducibili quegli elementi circostanzianti caratterizzati da una variazione di pena elastica il cui minimo e massimo sono entrambi fissati espressamente dal legislatore di volta in volta in relazione al singolo elemento ed il cui termine di partenza minimo risulta essere una quantità frazionaria superiore rispetto alla singola unità della pena-base³⁴⁵. Ebbene, a ben vedere occorre scindere l'analisi dell'effetto di incisione frazionaria minima dalla elasticità della variazione della pena. Quanto al primo profilo, appare evidente come il legislatore, nell'abbandonare il paradigma classico di variazione proporzionale della pena che vede l'espressa definizione del solo termine massimo (la pena è aumentata fino ad un terzo; la pena è diminuita fino ad un terzo), attribuisce una incisività quantitativa minima all'elemento circostanziante. Viene introdotta, infatti, una presunzione valoriale/disvaloriale espressamente quantificata (seppur *per relationem*) nel minimo e che il giudice è chiamato a rispettare. Con i suddetti elementi il legislatore non fa, dunque, altro che "guidare" l'attività commisurativa giudiziaria *contenendo* e *riducendo* la sua discrezionalità nel graduare la pena. Una presunzione quali-quantitativa assoluta minima, pertanto, che finisce con il caratterizzare l'istituto nel senso della funzionalità commisurativo-legale. Il secondo profilo si pone, invece, in evidente controtendenza con le osservazioni appena svolte. La previsione, infatti, di un termine massimo di variazione proporzionale della pena diverso da quello minimo³⁴⁶ conferisce all'organo giudiziario un onere valutativo-discrezionale. Il giudice è, infatti, chiamato a valutare nel singolo caso concreto l'intensità di manifestazione dell'elemento circostanziante e la sua capacità incisiva in termini valoriali sul fatto storico di reato considerato nel suo complesso e, conseguentemente, a graduare l'aumento di pena che dovrà necessariamente essere ricompreso fra il minimo e il massimo previsti dal legislatore. In buona sostanza ci si dovrà assestare su di un termine compreso fra il minimo ed il massimo della "forbice elastica di variazione frazionaria". Tale operazione sebbene "eteroguidata" nei suoi margini, risulta improntata alla discrezionalità

³⁴⁵ Diversa, pertanto, da un giorno di pena detentiva od un euro di pena pecuniaria.

³⁴⁶ Altrimenti ci si troverebbe di fronte ad una circostanza a variazione proporzionale fissa della pena in cui massimo e minimo vengono a coincidere in una unità di misura frazionaria legislativamente fissata.

e all'esaltazione del ruolo valutativo del giudice. Evidente, pertanto come sotteso al profilo in esame vi sia una funzionalità commisurativo giudiziale della pena.

E' d'uopo, infine, portare l'attenzione sul terzo ed ultimo modello di misurazione della pena: *id est* quello commisurativo-giudiziale. L'espressione appena utilizzata - e ciò anche grazie alle considerazioni fin qui svolte - appare intuitivamente chiara. Sta ad indicare, infatti, il ruolo centrale valutativo-discrezionale del giudice, che asurge a protagonista nelle operazioni di misurazione della pena. Ebbene, se avevamo detto che la funzionalità commisurativo-giudiziale appare contraddistinguere inequivocabilmente la commisurazione in senso stretto, osservazione analoga può essere mossa rispetto alla commisurazione in senso ampio ove si ponga mente a quegli elementi circostanzianti che importano una variazione di pena proporzionale elastica "tradizionale"³⁴⁷. L'attribuzione di un ampio potere discrezionale valutativo in capo al giudice finalizzato a modulare la scelta in ordine al *quantum* di variazione di pena da applicare in forza dell'elemento circostanziale, ne esalta inequivocabilmente la funzione commisurativa. Questi, infatti, avendo cognizione del caso concreto di reato e, quindi, anche dell'elemento circostanziale posto in essere, è chiamato a valutarne l'incidenza sulla pena-base per mezzo di un'attività inevitabilmente improntata ad operazioni valutative di tipo discrezionale. E' d'uopo, tuttavia, osservare che la pregnanza del carattere della discrezionalità e la funzionalità commisurativo giudiziale propria degli elementi a variazione di pena proporzionale elastica è da rintracciarsi non solo (*rectius* tanto) nel grado di elasticizzazione che di volta in volta il singolo elemento presenta³⁴⁸, ma anche (*rectius* quanto piuttosto) nell'assenza di una espressa previsione legislativa in ordine al minimo di pena in aumento o in diminuzione. Si capisce bene, infatti, che nonostante una, seppur minima, variazione vi debba essere³⁴⁹, in tali ipotesi al giudice è rimesso un potere discrezionale particolarmente significativo e nella sostanza di tipo *qualitativo* che gli permette (nei fatti) di porre nel nulla la stessa previsione legislativa ove decida di assestare la variazione quantitativa su di una sola unità di misura della pena-base. Un solo giorno in più o in meno di pena detentiva o il pagamento di un solo euro in più o in meno di pena pecuniaria, infatti, non realizza alcun effettivo scostamento dal disvalore espresso dal tipo base. Lo stesso elemento verrebbe così ridotto ad una mera circostanza con funzione descrittiva del fatto di reato, senza che, tuttavia, sia stata ad esso riconosciuta alcuna capacità rimodulativa di un autonomo sottotipo di reato. Ecco perché le circostanze del reato che importano una variazione di pena elastica di tipo "tradizionale" appaiono a nostro avviso svolgere una preminente, se non esclusiva, funzione di commisurazione giudiziale della pena. Il giudice è, infatti, investito della facoltà di compiere un giudizio valutativo caratterizzato da un elevato tasso di discrezionalità,

³⁴⁷ Espressione questa utilizzata per distinguerli da quelli sopra esaminati.

³⁴⁸ Nell'ampiezza della variazione elastica. Tanto maggiore è il termine massimo, tanto maggiore sarà la tensione elastica della fattispecie ed i margini di operatività del giudice nel commisurare la pena.

³⁴⁹ Stante il principio di obbligatorietà ed assenza di una discrezionalità c.d. bifasica.

che sebbene apparentemente risulta operare sul piano meramente *quantitativo*, nella sostanza possiede un'anima di tipo innegabilmente *qualitativo*.

2.2.2.5 Il ruolo concretizzante della disciplina

Una precisazione di carattere generale, prima di addivenire ad alcune prime conclusioni riepilogative in tema di funzione delle circostanze del reato, si impone.

Il diritto è disciplina astratta perché – ponendo una serie di comandi o precetti – stabilisce e crea una realtà che è indipendente dalle relazioni effettive (realtà naturale) cui i comandi si riferiscono³⁵⁰. Questa funzione astratta, che si risolve in una semplificazione³⁵¹ e cioè nella riduzione della realtà sociale a linee schematiche³⁵², a modelli legali³⁵³, si rispecchia nella disciplina del reato che, dal punto di vista formale, è un disegno legale di azioni umane soggette a pena e quindi la predeterminazione di tipi uniformi di fatti ai quali l'ordinamento giuridico riannoda quella particolare conseguenza che è la pena, che, pertanto, è pur essa stessa astratta³⁵⁴.

Essendo il reato una azione tipica – alla cui esistenza, come torto od illecito punibile, sono necessari alcuni requisiti od elementi dalla legge indicati – consegue che restano fuori dalla previsione legislativa taluni elementi (modalità o sfumature) del comportamento, particolari ripercussioni della condotta nel mondo esterno, nonché particolari aspetti dell'elemento psicologico, a cominciare dai motivi, tutte determinazioni che, se non hanno rilevanza per la determinazione del reato, sono tuttavia inseparabili dal fatto concreto al quale danno rilievo e significato per la sua precisa qualificazione e valutazione³⁵⁵.

³⁵⁰ In tal senso fra tutti nella dottrina più risalente vedi F. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 10 e 12; A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 1 ss.

³⁵¹ Quando si pensa ad una idea di individuo o, più brevemente, un'idea, si determina. Invece, se si pensa una idea di classe o, più brevemente, più idee, si generalizza. Ed è questo appunto il processo che compie il diritto. Cfr. Pastore A., *Logica formale*, Torino, 1906, 130.

³⁵² Sul diritto come espressione schematica dei fatti umani, vedi A. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1930, 134. Naturalmente, il diritto si presenta come astratto solo se si considera a *parte obiecti*, e cioè *ab extra*. Cfr. su ciò, A. Levi, *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1923, 6 e 132; Camerata F., *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma, 1925, 114. Invece, dal punto di vista filosofico, il diritto è «universale concreto». Così, ad esempio, secondo la posizione di Gentile, per il quale il diritto è bensì il volere già voluto, e quindi astratto, mentre la morale è volere in atto, e quindi concretezza, ma il voluto entra nella dialettica del volere, viene riassorbito dall'atto del volere come suo contenuto e diventa pertanto concretezza. Cfr. G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Pisa, 1926.

³⁵³ Cfr. G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del diritto*, Padova, 1930, 118.

³⁵⁴ Sulla comminazione astratta della pena, vedi G. Conti, *La pena ed il sistema penale nel codice italiano*, in *Enciclopedia del dir. pen.*, vol. IV, 813. La pena astratta nel momento della comminazione legislativa, poi, diventa concreta nel momento giudiziale della inflazione. Cfr. A. Santoro, *Fondamenti dell'esecuzione penale*, Roma, 1931, 100.

³⁵⁵ Sul punto vedi fra tutti Carnevale C., *L'arbitrio del giudice per l'applicazione della pena*, in *Diritto criminale*, Roma, 1932, vol. II, 357 ss.

Si determina così un contrasto fra la fattispecie legale, generica ed indifferenziata ed il fatto concreto, che assume una più tenue od intensa colorazione per il presentarsi di particolari modalità e di specifiche determinazioni.

Ora l'ordinamento giuridico penale – per accostarsi il più possibile alla realtà dei fatti umani, intenderne meglio il valore (o il disvalore) e per adottare sanzioni il meglio appropriate agli autori di essi – appresta diversi istituti, per i quali si rende possibile passare dall'astrazione di azioni tipiche alla concretezza, o meglio ad una maggiore concretezza, dei fatti reali.

A questa esigenza di maggiore concretezza dei fatti tipici – alla quale corrispondono una migliore individualizzazione delle sanzioni – rispondono proprio le circostanze del reato³⁵⁶.

Nella relazione del guardasigilli al codice penale del 1930³⁵⁷ si enunciano gli istituti che costituiscono estrinsecazione ed affermazione del potere discrezionale del giudice: «la disciplina del concorso delle circostanze aggravanti e delle attenuanti comuni, oggetto di un giudizio di prevalenza e di equivalenza; la facoltà di aumentare la misura della pena pecuniaria per i colpevoli più facoltosi e di aggiungere la pena medesima a quella della reclusione per i delitti commessi a fine di lucro; la facoltà di aumentare o di attenuare la pena in limiti molto estesi, se ricorrono circostanze aggravanti o attenuanti comuni, o se si tratta di recidiva; la facoltà di ammettere o escludere la recidiva in taluni casi; la facoltà di ridurre la pena nell'ipotesi di concorso di più persone nel reato riguardo a coloro che abbiano rivelato minima capacità a delinquere; la facoltà, in casi numerosi, di scegliere fra pena detentiva e pena pecuniaria e l'ampia latitudine tra il limite minimo e massimo, segnatamente nell'applicazione di tale ultima specie di pena; i più larghi poteri in tema di sospensione condizionale della pena e di riabilitazione e la facoltà di astenersi dal giudizio o dalla condanna rispetto ai minori degli anni 18». All'elenco si possono ora aggiungere le «attenuanti generiche» che in forza del decreto luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 288 (art. 3), vengono ad inserirsi nel codice vigente all'art. 62 *bis* c.p. Come ben osserva il Messina, oltreché rientranti nella sfera di attività discrezionale, questi casi estrinsecano il potere del giudice nella determinazione di una fattispecie concreta rispetto ad una fattispecie legale.

Bisogna aggiungere, peraltro, che non si tratta soltanto di rendere concreta (o più concreta) la fattispecie, ma di dedurne come conseguenza giuridica una sanzione individuata (o meglio individualizzata), al di là dell'astrattezza della sanzione tipica.

In conclusione sul punto ed alla luce delle osservazioni di carattere generale appena svolte, le circostanze del reato sono uno fra gli istituti attraverso i quali si realizza una migliore concretezza della fattispecie e, nello stesso tempo, per l'inscindibile legame fra i due termini, una migliore individualizzazione della corrispondente sanzione. Si badi bene, tale ruolo concretizzante viene svolto oltre che dai

³⁵⁶ Scriveva il Carrara che quando concorrono circostanze mantenere l'uguaglianza della pena assurge a *summa iniura*. F. Carrara, *Programma di un corso di diritto criminale*, Lucca, 1890, vol. II, 232.

³⁵⁷ Cfr. Relazione del guardasigilli parte 1^a, 189.

diversi istituti che prevedono i singoli elementi circostanzianti (stante la loro analiticità descrittiva), anche dalla disciplina prevista nella parte generale del codice ed in particolare dagli art. 63 e 69 c.p. Le disposizioni appena richiamate, sebbene profondamente divergenti sotto numerosi aspetti, sottolineano come l'elemento circostanziante nella sua concreta applicazione dia vita a quel procedimento di concretizzazione della fattispecie e individualizzazione del trattamento sanzionatorio: avvenga esso attraverso un meccanismo matematico-aritmetico o valutativo-sintetico il risultato³⁵⁸ non cambia.

2.2.2.6 Approccio polifunzionale di tipo differenziato

«Funzionalità *quantitativo-numerica*», «funzionalità *qualitativo-concretizzatrice*», «funzionalità *descrittivo-tipizzante*» e «funzionalità *commisurativa*» rappresentano le quattro facce di quel prisma che geometricamente raffigura l'elemento circostanziante. Le diverse funzionalità non sono, infatti, l'una escludente l'altra, bensì coesistono sinergicamente all'interno del medesimo istituto tanto da caratterizzarlo polifunzionalmente.

Occorre poi precisare che le singole funzioni presentano una duplice problematicità di indagine. In primo luogo devono essere analizzate sia si assuma un approccio investigativo di tipo *astratto-tipologico*, sia ci si sposti su di un assetto *concreto-commisurativo*. I diversi angoli di visuale, a cui sono sottesi - come più volte osservato - differenti concezioni strutturali dell'istituto, impongono particolare attenzione e cautela nel vagliare le peculiarità di atteggiamento e il diverso teleologismo assunto dalle singole funzioni. Si rende in secondo luogo necessaria una investigazione, sempre in seno ad ogni singola funzionalità, volta a cogliere la composizione che viene data fra istanze legalitarie (finalizzate alla valorizzazione di funzionalità determinativo o commisurativo legali) e istanze discrezionali-valutative (finalizzate, invece, all'esaltazione delle funzionalità determinativo o commisurativo giudiziali).

E' doveroso, dunque, rifuggire quegli studi che, in maniera più o meno dichiarata, si concentrano su di un solo aspetto funzionale o su di un solo piano investigativo. Così facendo, infatti, si finisce inevitabilmente per trascurare quello che è il significato "profondo" delle circostanze proprie, che risiede proprio nella poliedricità di funzionalità e di disciplina. Le diverse funzioni (anche se spesso nella disciplina presentano modulazioni irrazionali) finiscono, dunque, con il coesistere e rendere la tematica particolarmente ardua e di difficile comprensione e razionalizzazione.

Uno studio completo, quindi, che voglia dare rilievo ed investigare tutte le sfumature sottese alla disciplina delle circostanze del reato, non può che muovere da una analisi delle plurime funzioni assolute dall'istituto, alla luce delle rispettive interrelazioni. Il tutto, ovviamente, prestando particolare attenzione alla disciplina codicistica che ad un tempo deve servire da dato di *partenza* per la ricostruzione della

³⁵⁸ Nell'ottica concretizzante ed individualizzante.

funzionalità del singolo istituto e da dato di *arrivo-ricaduta* che ne consente un apprezzamento ed una lettura alla luce del contesto normativo in cui si iscrive.

Alla luce di quanto appena detto si rende necessaria un'ulteriore ed ultima precisazione. L'approccio di indagine polifunzionale, che abbiamo deciso di sposare, deve necessariamente essere *differenziato*. Deve cioè muovere da una "calibratura" di ogni singola tipologia classificatoria di circostanza del reato alla luce del sistema complessivo e delle sue interrelazioni. Solo così, infatti, è possibile rifuggire quel rischio di *generalizzazione* che affligge fin troppo spesso i lavori in tema di circostanze del reato e che risulta essere una prerogativa pressoché costante proprio degli studi con approccio unisetoriale. Questi, infatti, pretendono di evincere dallo studio analitico di una determinata tipologia di circostanze o di un singolo istituto il connotato caratterizzante l'intera materia. Niente di più errato.

Le riflessioni fin qui svolte hanno, infatti, rassegnato almeno una conclusione inequivocabile: le circostanze proprie sono un coacervo di problematiche, inevitabilmente fra loro connesse che spesso non presentano una soluzione del tutto univoca ma che proprio nella loro difficoltà di razionalizzazione e nella reciproca interrelazione permettono di cogliere quelle che sono le diverse funzionalità proprie del poligono sopra richiamato.

In sintesi un'indagine sulla funzione dell'istituto delle circostanze non può che essere condotta con una "umiltà" investigativa che richiede due precisi passaggi: a) analisi delle diverse caratteristiche in punto di disciplina; b) abbandono di ogni volontà e pretesa di (rassicurante) generalizzazione.

Solo procedendo secondo queste due direttive potranno essere correttamente poste quelle premesse rifondative dell'istituto, che in ottica *de jure condendo* dovrebbero spingere il legislatore verso una riforma del sistema.

3. Gli studi plurisetoriali. I limiti delle impostazioni unisetoriali ed i vantaggi dell'approccio compositivo-pluridirezionale

Analizzati fin nel più intimo dei loro nodi problematici gli studi settoriali, sia in una ottica *strutturale* che *commisurativa della pena*, occorre osservare che presentano questi l'indubbio limite di non riuscire a cogliere le interrelazioni fra i diversi caratteri dell'istituto delle circostanze del reato che, come visto, si muove simultaneamente sul piano *astratto* della fattispecie tipica di reato e su quello *concreto* dosimetrico-commisurativo. Tale duplice dimensione rende il tema particolarmente ostico e di difficile comprensione specie se ci si limiti all'analisi di un solo aspetto senza prendere in considerazione al contempo anche l'altro. Più precisamente, gli studi unisetoriali non riescono a cogliere in maniera compiuta le interrelazioni fra funzione e scopo delle circostanze ed il tipo disvaloriale espresso dalla nuova fattispecie di reato, nonché non permettono una attenta analisi delle tensioni intercorrenti fra esigenze di legalità e potere discrezionale del giudice il tutto in una ottica "parcellizzata" che muove cioè dalla analisi dei singoli istituti e discipline della materia per poi raffrontarle nelle loro reciproche interrelazioni e nei loro riverberi sul sistema.

Al converso, un approccio di studio *plurisettoriale* proprio perché attento alle reciproche interconnessioni fra le eterogenee discipline, permette di valorizzare a pieno l'istituto cogliendo il significato che questo apporta sia sul piano della tipicizzazione, sia su quello commisurativo. Più precisamente, un approccio pluridirezionale di tipo parcellizzato permette, con un movimento logico di tipo induttivo, di capire il ruolo dei singoli istituti nel nostro attuale assetto normativo e verificare la razionalità o meno del sistema nel suo complesso. Solo un tale tipo di studio consente, poi, di effettuare delle riflettute proposte di riforma del sistema. Le soluzioni *de iure condendo* elaborate dagli studi unidirezionali rischiano infatti di avere degli effetti *preterintenzionali* ancor più convulsi rispetto alla già caotica disciplina che intendono risistemare.

E' d'uopo, infine, rilevare come un approccio compositivo-pluridirezionale di tipo parcellizzato non possa che svilupparsi - prima di sfociare nelle prospettive di riforma - attraverso la analisi di tre nodi centrali: la *funzione* dell'istituto (e più precisamente delle diverse tipologie classificatorie delle circostanze e delle discipline); il concetto di *tipicità* e la sua modulazione attraverso l'opera di tipicizzazione (legislativa o giudiziaria); ed, infine, le tensioni fra *legalità* e *discrezionalità* sottese alle diverse articolazioni della materia. Quello appena delineato a noi pare essere quasi un "flusso logico obbligato" che permette una analisi delle circostanze del reato in tutte le sue dimensioni e sfaccettature, mettendo in centrale rilievo quello che è il nodo tensivo sotteso e la scelta politico-criminale di fondo: concedere maggiore potere discrezionale al giudice fino a renderlo il demiurgo della fattispecie o accentrare nel legislatore ogni potere di tipicizzazione e di misurazione della pena?

Capitolo 2

La funzione delle circostanze del reato in costante dialettica fra reale e razionale

1. Le circostanze del reato tra teorie monofunzionali e polifunzionali

Non può non apparire chiara la necessità di aprire la riflessione e la discussione sulla tematica della *funzione* delle circostanze del reato.

Le premesse svolte nel capitolo primo - seppur di centrale importanza ed adeguatamente argomentate ed il cui richiamo e rimando deve ritenersi, pertanto, costante - non sono, infatti, sufficienti ad inquadrare diffusamente ed esaustivamente la problematica, ma solo a porne le coordinate di fondo su cui sviluppare una ulteriore riflessione. Ove si ritenga, poi, di dover dare all'argomento una collocazione e un'importanza "centrale" nello studio dell'istituto delle circostanze del reato si impone la necessità di dedicare al tema un apposito capitolo in cui muovendo dall'analisi delle differenti teoriche affermatesi in dottrina ed in giurisprudenza si giunge all'elaborazione di alcune innovative considerazioni. Proprio così, cercheremo di salire sulle spalle dei giganti per poter vedere, anche se di poco, più lontano.

L'argomento aveva diffusamente animato ed appassionato la dottrina per oltre vent'anni¹, dopodiché, pur non essendo mancati raffinati studi in tema², il nodo

¹ Il riferimento è al periodo che va dalla fine degli anni '60 fino agli inizi degli anni '80 del secolo XX. Vedasi in particolare, fra tutti, A. Santoro, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952; Id., voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. dig. it.*, III, 1959, 264 ss.; A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 66 ss.; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; F. Bricola, *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019 ss.; Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; G. Marini, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, A. R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione della pena*, Napoli, 1967; A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3 ss.; Id., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975; T. De Logu, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369 ss.; M. Boscarelli, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei «vizi tecnici» del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1256; M. G. Gallisai Pilo, *Ancora in tema di reato circostanziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 773 ss.; G. Marini, voce *Circostanze del reato (diritto penale)*, in *Nuoviss. dig. it., Appendice*, I, Torino, 1980, 1254 ss.; M. Boscarelli, *Proposte per una revisione tecnica del I libro del Codice Penale*, in Vassalli (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, 1982, 89 ss.; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983; S. Prosdocimi, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze*, in *Ind. pen.*, 1983, 269 ss.; L. Concas, *Il*

problematico della funzione delle circostanze non era mai tornato ad essere oggetto specifico di discussione, quasi come se tutto fosse già stato detto e, quindi, la questione risultasse nel complesso esaurita.

In realtà almeno due sono le ragioni che impongono una nuova riflessione sulla tematica: l'una di carattere *logico-sistematico*, l'altra *storico-valutativo*.

Sotto il primo profilo, occorre rilevare come quello della funzione e dell'essenza delle circostanze del reato sia il *cuore*, presupposto enigmatico irrinunciabile di ogni trattazione in materia. Lo studioso deve, dunque, necessariamente e preliminarmente confrontarsi con la tematica *de qua*.

Sul piano *storico-valutativo* si assiste, invece, ad un uso spesso "disinvolto" e "strumentale" da parte del legislatore delle circostanze del reato e degli istituti ad esse sottesi. Le circostanze divengono, dunque, il mezzo per il perseguimento di interessi e finalità di politica criminale, con conseguente riflesso proprio sulla funzione

nuovo sistema delle circostanze, in *Cass. pen.*, 1984, 2296 ss.; F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.

² Vedasi, fra tutti, i contributi di G. de Vero, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 49 ss.; Id., *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1294 ss.; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 187 ss.; M. Mangiabene, *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, 2059 ss.; F. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato: profili dogmatici*, Milano, 1988; A. Manna, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; A. Melchionda, *La "rilevanza oggettiva" delle circostanze del reato nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1377 ss.; Id., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.; T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.; G. Marconi, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, 1993; F. Ramacci, *Alcune riflessioni sulla riforma in tema di circostanze*, in *St. senesi*, 1993, 147 ss.; A. Melchionda, *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 793 ss.; Id., *Le circostanze del reato*, Padova, 2000; A. Vallini, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen. - agg.*, I, 2000, 36 ss.; F. Guerrini, *Le circostanze del reato*, in *AA. VV.*, *Introduzioni al sistema penale*, II, Torino, 2001, 273 ss.; G. Flora, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1325 ss.; A. Melchionda, voce *Circostanze del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, 2006, 893 ss.; M. La Monica, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir. - agg.*, VI, 2002, 276 ss.; C. Zaza, *Le circostanze del reato, I - Elementi generali e circostanze comuni*, 2002; G. Manca, *Le circostanze del reato*, in M. Ronco (dir.), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, tomo II, *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, Bologna, 2007, 1 ss.; F. Basile, *Commento all'art. 59 - circostanze aggravanti e attenuanti*, in Dolcini, Giarda, Marinucci, Spangher (a cura di), *Codice penale e codice di procedura penale commentati*, Milano, 2008; S. Putinati, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, 2008; C. Zara, *Le circostanze del reato*, Padova, 2008; A. Spena, *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 639 ss.; A. Peccioli, *La riforma delle circostanze e le ipotesi escluse dal giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1197 ss.; Id., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010; A. Caputo, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 182 ss.; M. Lombardo, voce *Circostanze*, in *Dig. disc. pen.*, *Agg. V*, 2010, 87 ss.; A. Vallini, *Circostanze del reato*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C. E. Paliero, vol. II, *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, 1 ss.; F. Basile, *Commento all'art. 59 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, II red, Milano, 2011, 1036 ss.

dell'istituto. Se da un lato, infatti, sono state proprio le dinamiche sostanziali e processuali sviluppatesi a seguito della riforma attuata dal decreto legge 11 aprile 1974 - che hanno visto, come noto, l'accentuarsi della discrezionalità giudiziaria³ - ad aver animato il dibattito in ordine alla funzione ed all'essenza delle circostanze del reato, il controtendente indirizzo legislativo securitario degli ultimi anni - volto alla compressione degli spazi di manovra del giudice - dovrebbe, parimenti, rianimare il confronto sulla tematica⁴.

Il sistema delle circostanze del reato, rimasto per lungo tempo immutato dopo la riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti ad opera della legge n. 19 del 1990, ha subito, dunque, negli ultimi tempi importanti modifiche legislative le quali sono state, peraltro, accompagnate da una ricca e spesso ondivaga elaborazione giurisprudenziale.

Ciò che preme evidenziare in queste prime battute è un dato comune vero e proprio *file rouge* delle suddette novelle. I recenti interventi di riforma dimostrano, infatti, una rinnovata attenzione del legislatore verso il sistema delle circostanze, individuato quale istituto centrale nella determinazione giudiziale della concreta gravità di un fatto di reato e, conseguentemente, della sanzione da irrogare. Più precisamente, le modifiche apportate hanno l'obiettivo di porre un freno alla tendenza - ampiamente denunciata in dottrina - di "dissolvimento" del sistema sanzionatorio quale conseguenza dei plurimi interventi di riforma che, a partire dal d.l. n. 99 del 1974, hanno incrinato l'equilibrio tra predeterminazione legale della pena ed esigenze del suo adattamento al caso concreto⁵. Con la dichiarata volontà di opporsi ad at-

³ V., fra tutti, G. Vassalli, *La riforma penale del 1974*, cit., 49 ss.; F. Giunta, *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, in *Studium iuris*, 2003, 1192 ss.

⁴ Per un commento sulle novelle legislative attuate dalla legge 23 maggio 2008, n. 92 e dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 v., fra tutti, M. Pelissero, E. Antonini, F. Cozzi, *Le novità del pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1373 ss.; S. Lorusso (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 390 ss.; G. L. Gatta, *Modifiche in tema di omicidio colposi e di lesioni personali colpose*, in *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2009, 67 ss.; A. Piccioli, M. E. Scalia, D. D'Auria, *Le modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1226; G. L. Gatta, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA. VV., "Decreto sicurezza": tutte le novità, Milano, 2008, 25 ss.; M. Ancillotti, *Il pacchetto sicurezza 2009: guida alla legge 15 luglio 2009, n. 94: tutte le novità in materia di sicurezza urbana, ordine pubblico, diritto e procedura penale, stranieri e circolazione stradale*, Santarcangelo di Romagna, 2009; F. Giunta, E. Marzaduri (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica: aggiornata alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Milano, 2010. Vedi, inoltre, F. C. Palazzo, *Per un piano di salvataggio della giustizia penale contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 455 ss., in cui l'A. evidenzia la necessità di adottare politiche criminali non legate alla singola esigenza del momento storico e non caratterizzate da un uso simbolico del diritto penale. Si veda altresì M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.; C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 234 ss., Id., *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'illegalità diffusa*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 131 ss.; M. Lombardo, voce *Circostanze*, cit., 87 ss.

⁵ In questo senso vedasi in particolare G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 156 ss. Sul "dissolvimento" del sistema sanzionatorio, che determina una situazione di diffusa incertezza ed ineffettività della pena cfr. F. Giunta, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir.*

teggiamenti ritenuti eccessivamente indulgenziali da parte dei giudici - con conseguenti ricadute in termini di credibilità ed efficacia della risposta sanzionatoria - e/o per finalità meno nobili di propaganda elettorale il legislatore degli ultimi anni è intervenuto sull'istituto delle circostanze del reato riducendo gli spazi di discrezionalità giudiziale attraverso riforme che, ad una prima analisi, possono ricondursi entro due grandi direttive di fondo⁶.

Da un lato, si possono annoverare quei numerosi interventi destinati ad aumentare il numero e la tipicizzazione delle situazioni ritenute caratterizzate da un maggiore disvalore del fatto, vincolando così, già sul piano dell'interpretazione, il potere discrezionale del giudice. Uno sguardo d'insieme alle leggi approvate nell'ultimo decennio evidenzia, infatti, con chiarezza quasi lapalissiana la tendenza legislativa verso l'introduzione di un numero crescente di circostanze del reato, prevalentemente aggravanti. Attraverso la previsione di nuove circostanze il legislatore ha, dunque, inteso arricchire la tipicizzazione del fatto di reato imponendo al giudice la considerazione di alcuni aspetti della realtà che, sebbene non incidano sulla sussistenza del reato e sulla sua qualificazione giuridica, sono ritenuti, già mediante una valutazione astratta, meritevoli di una specifica considerazione nella determinazione della maggiore o minore gravità del fatto. Si è andata così affermando una tecnica di descrizione dell'elemento circostanziale spesso fortemente *dettagliata* con modalità *analitico-casistiche* e per lo più in termini *descrittivo-naturalistici*⁷. Tale puntuale - quasi

proc. pen., 1998, 414 ss.; M. Lombardo, voce *Circostanze*, cit., 88; G. Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 ss.; L. Monaco, C.E. Paliero, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421 ss.; T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.

⁶ Si rinvia al capitolo terzo una diffusa riflessione sul punto. Lungo questi due nuclei si possono inserire, infatti, tutti gli interventi legislativi attuati in materia di circostanze del reato nell'ultimo decennio: l'introduzione di inedite circostanze, prevalentemente aggravanti, che hanno arricchito e aggiornato le situazioni ritenute meritevoli di una specifica considerazione da parte del giudice; la nuova disciplina della recidiva; le modifiche apportate all'art. 62 *bis* c.p., volte ad evitare automatiche applicazioni delle circostanze attenuanti generiche, non fondate su di una adeguata valutazione, soprattutto sul piano oggettivo, del complessivo episodio criminoso; le deroghe al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee introdotte al nuovo quarto comma dell'art. 69 c.p., oltre che in relazione a specifiche tipologie di delitti; l'esclusione della rilevanza delle circostanze e degli effetti della loro comparazione nella determinazione del tempo necessario a prescrivere il reato. In tal senso, fra tutti, v. M. Lombardo, voce *Circostanze*, cit., 88.

⁷ Basti porre mente per rendersi conto di quanto appena affermato, fra tutte, all'aggravante c.d. "notturna" prevista dal comma 2-*sexies* e 1-*quater* rispettivamente dell'art. 186 e 187 del codice della strada. Le norme *de quibus* prevedono, infatti, l'aumento di pena da un terzo alla metà per il reato di guida in stato di ebbrezza alcolica o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti ove commesso «dopo le ore 21 e prima delle ore 7». E' opportuno, peraltro, notare come negli articoli 186.2-*septies* e 187.1-*quater*, c.d.s. il legislatore abbia privilegiato la suddetta aggravante predisponendone una "blindatura" secondo il modello tradizionale (introdotto per la prima volta con la circostanza aggravante della finalità di terrorismo cfr. d.l. 625/1979 ed oggetto di esplicitazione nella versione *post* riforma attuata dalla legge n. 34/2003) «Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante [c.d. notturna] non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante». Sul punto, v. in particolare, A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 37 ss.

“ossessiva” - descrizione dell’elemento circostanziale, dettata principalmente da obiettivi di tipo «propagandistico-emergenziale», si pone in inevitabile tensione con le contrapposte esigenze di eguaglianza, coerenza e ragionevolezza del sistema nel suo complesso, celando (spesso anche grossolanamente) derive verso un diritto penale del tipo di autore⁸. L’affermarsi di un «tipo circostanziato *rigido*», da distinguersi nettamente dal tipo *forte* e da quello *debole*, concorrerebbe, dunque, al consolidamento di un graduale processo di destrutturazione della tipicità della fattispecie incriminatrice base⁹. Si attuerebbe così normando, infatti, una progressiva frantumazione della figura delittuosa “base” in una pluralità di sottofattispecie espressive di un peculiare contenuto di disvalore¹⁰. Più precisamente, è d’uopo osservare che la disgregazione di un’unità tipologica connotata *in primis* in termini di identità valoriale ravviserebbe la propria scaturigine nelle irrazionali tipizzazioni della norma circostanziante, la quale, peraltro, finisce con l’accordare trattamenti sanzionatori spesso profondamente diversi e distanti dalla forbice originariamente accordata dal legi-

⁸ Emblematica in tal senso è la vicenda che ha interessato l’aggravante cosiddetta della «clandestinità»: «l’aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale». L’aggravante prevista all’art. 61, n. 11 *bis*, c.p. è stata, come noto, dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza n. 249 dell’8 luglio 2010. La Corte costituzionale ha, infatti, ritenuto la circostanza costituita su di una previsione assoluta di pericolosità sociale dello straniero clandestino, la cui condizione di irregolarità, nel caso di commissione di qualsiasi reato, impone al giudice un automatico e generalizzato aggravamento di pena, indipendentemente dall’accertamento dell’esistenza di un nesso tra lo stato di clandestinità del reo e il reato da lui commesso. Sul punto v., in particolare fra i molti, G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1634 ss.; M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562 ss.; G. L. Gatta, *Aggravante della clandestinità*, cit., 714 ss.; E. La Rosa, “*I crimini contro l’ospitalità*”: vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale, in *Criminalia*, 2008, 446 ss.; A. Peccioli, *La circostanza aggravante della clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, *Immigrazione. Gli speciali*, 42 ss.; V. Plantamura, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio dello Stato*, in A.A.V.V., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 271 ss.; D. Pulitanò, *Tensioni vecchie e nuove nel diritto penale*, cit., 1079 ss.

⁹ Sul punto si vedano le diffuse riflessioni sviluppate nel capitolo terzo ed in dottrina si segnalano fin da subito. G. Vassalli, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 536. T. De Logu, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 369 ss., L. Tumminello, *Il volto del reo*, Milano, 2010; A. Caputo, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, cit., 183 ss.; Enghisch, *Der Begriff der Rechtslücke Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre*, in *Festschrift für W. Sauer*, Berlin, 1949, 85 ss.; Jescheck, Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a Aufl., Berlin, 1996, 135. M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, 84 ss.; Id., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, 88 s.; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit.; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato: profili dogmatici*, cit.; e più di recente A. Spina, *Accidentalità delicti*, cit.; G. D. Pisapia, *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*, Padova, 1965; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 535; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 27 ss.; Id., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 627 s.; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 200; G. Mrinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009 468 ss.; *contra* G. Marini, *Le circostanze dl reato, parte generale*, Milano, 1965, 163 ss.; F. Bricola, *Le aggravanti indefinite.*, cit., 1041 ss.; nonché T. Padovani, voce *Le circostanze del reato*, cit., 200; R. Greco *Le circostanze del reato*, in *Riv. pen.*, 1962, 660 ss.; G. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 118 ss.

¹⁰ Per alcuni rilievi in tema di lesioni personali e delle circostanze speciali per essa previste vedasi F. Giunta, *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di una unità tipologica*, cit., 1192.

slatore¹¹. Il nucleo centrale di disvalore della fattispecie incriminatrice base, in forza dell'operare di norme del tutto disconnesse da più ampie e di respiro riflessioni d'insieme, si sarebbe pertanto così irrazionalmente frantumato con la conseguente perdita di unità tipologica¹².

La seconda direttiva di fondo si caratterizza, invece, per il mettere in rilievo quegli interventi volti ad impedire che la valutazione legislativa in ordine alla maggiore gravità di un fatto ed alla conseguente cornice di pena prefissata in astratto sia vanificata dalla decisione giudiziale in ordine alla misura della sanzione da irrogare in concreto, vincolando, dunque, sul piano della determinazione legale della fattispecie e della commisurazione legale della pena, il potere discrezionale del giudice. Ciò si è realizzato principalmente attraverso: la previsione di variazioni di pena fissa; l'introduzione di vincoli alla concessione delle attenuanti generiche; la "blindatura" di determinate circostanze con esclusione delle stesse dal giudizio di valenza di cui all'art. 69 c.p. e, quindi, dalla possibilità da parte del giudice di valutarle *tamquam non essent*; la (parziale) conformazione legislativa del concorso eterogeneo di circostanze del reato con conseguente preclusione al giudice di addivenire ad alcuni dei possibili esiti del bilanciamento.

In conclusione, il contenimento della discrezionalità giudiziale sull'ordinamento complessivo e, in particolare, sul sistema delle circostanze del reato costituisce, pertanto, lo strumento attraverso il quale il legislatore ha perseguito l'intento di una *razionalizzazione* del sistema sanzionatorio, non attuata attraverso una generale rivisi-

¹¹ E ciò sarebbe possibile anche grazie alla deroga all'operare di alcuni peculiari istituti di disciplina delle circostanze del reato, quali in primo luogo proprio l'art. 69 c.p.

¹² Per le diffuse ed articolate riflessioni sul principio di tipicità e sull'unità di disvalore da questo contrassegnata vedasi G. Vassalli, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit.; A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997. L'illecito penale, a differenza di quello civile, assume sempre una fisionomia precisa, perché, come è stato sottolineato, «la tipicità del fatto è propriamente espressiva del suo valore giuridico, cioè la fattispecie esprime un disvalore che muta con il mutare dei singoli elementi». R. Pannain, *Manuale di diritto penale, I, Parte generale*, Torino, 1967, 251. La fattispecie penale tipica evidenzia, pertanto, proprio il rapporto intercorrente tra la formulazione legislativa del reato e il suo contenuto di disvalore. Tra la fattispecie criminosa (o incriminatrice) e il contenuto di disvalore vi è, dunque, un rapporto biunivoco, nel senso che a quella determinata descrizione fattuale corrisponde un determinato disvalore e non altro, e viceversa. Più precisamente è d'uopo osservare come la fattispecie, la descrizione dell'accadimento della vita sia costituita da una pluralità di «dati» o «particolari» o «elementi» descrittivi, ciascuno dei quali concorre con tutti gli altri a costituire l'insieme in cui consiste quella sorta di «racconto» o di «fotografia» di vita che è ogni singolo reato. Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 83. Ognuno di questi elementi concorre in modo *essenziale* – in virtù di quella relazione biunivoca di cui si è detto – alla individuazione del contenuto di disvalore del reato, di quel contenuto e non di un altro. In buona sostanza, ogni elemento di fattispecie concorre a fondare e ad esprimere quello specifico disvalore del fatto e non altro, al quale il legislatore ha ritenuto di reagire penalmente e di reagire con una determinata risposta sanzionatoria. Dunque, sebbene il contenuto di disvalore del reato sia «portato» dell'*insieme* degli elementi di fattispecie, *ciascuno* di essi ha un ruolo *essenziale* nella fondazione dello specifico disvalore del reato, così che al mutamento anche di uno solo di essi corrisponde il mutamento tanto della fattispecie quanto del suo contenuto di disvalore. Orbene, tali considerazioni sono perfettamente mutuabili per il sistema delle circostanze del reato per mezzo del quale, al combinarsi dell'elemento circostanziale con la fattispecie base si dà vita ad una nuova fattispecie, con un proprio peculiare disvalore: *id est* la c.d. fattispecie circostanziata.

tazione dei limiti edittali di pena fissati nella parte speciale del codice, come auspicato dalla migliore dottrina¹³, ma attraverso la definizione di situazioni, prevalentemente di segno aggravatore, che devono essere necessariamente considerate nel momento della commisurazione della pena.

La mancanza di una riforma organica e la presenza di interventi settoriali e inevitabilmente frammentati ha tuttavia determinato, per effetto delle citate riforme, un complessivo inasprimento della risposta sanzionatoria con finalità di tipo prevalentemente generalpreventivo, unitamente all'introduzione di situazioni potenzialmente discriminatorie, perché non fondate sulla effettiva gravità del fatto, ma sulla qualità dell'autore del reato. In questo senso, nonostante l'esistenza di auspici condivisi verso una riforma legislativa volta ad assicurare una maggiore effettività e certezza al sistema sanzionatorio, la dottrina pressoché unanime ha severamente criticato le ultime riforme, sia sul piano generale delle scelte di politica criminale sottese alle nuove legislative sia sul piano più specifico delle singole situazioni normative adottate, nonché della tecnica di normazione seguita per le stesse disposizioni di legge. In particolare, le recenti riforme sono state giudicate inidonee a realizzare le finalità espressamente dichiarate dal legislatore, contraddistinte da formulazioni linguistiche e sintattiche di difficile comprensione e interpretazione e, soprattutto, foriere di numerosi problemi di legittimità costituzionale delle stesse, principalmente individuati nella introduzione, con riferimento alla complessiva disciplina della recidiva e, più di recente, al trattamento giuridico riservato allo straniero clandestino, di un regime penale differenziato per tali tipi di autore, contraddistinto da un forte inasprimento punitivo, in relazione alla disciplina sia sostanziale, sia processuale ed esecutiva ad essi riservata¹⁴.

Lo studio della funzione delle circostanze del reato e della loro più intima ragione d'essere appare, dunque, il solo modo per tentare di ricostruire il vero volto e l'operatività del sistema delle circostanze in perenne dialettica tra: *legalità-equità, fattispecie astratta-fatto concreto, determinazione legale-determinazione giudiziale, commisurazione legale-commisurazione giudiziale, tipicità-discrezionalità*. Binomi questi che costituiscono le tensioni di fondo dell'istituto, che concorrono alla sua apparente incoerenza e disgregazione, ma che solo attraverso una complessa riflessione funzionale possono acquisire un minimo di ricomposizione e logicità operativa. Non solo, la suddetta riflessione permette di affrancarsi da una indagine circoscritta ai problemi di «struttura» della fattispecie circostanziata in rapporto alla figura base¹⁵, concentrandosi piuttosto sul profilo attinente all'effettiva operatività

¹³ V., da ultimo, M. Donini, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, 3 ss.; di recente vedi anche F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1 ss.

¹⁴ Cfr. M. Lombardo, voce *Circostanze*, cit., 88 s.

¹⁵ Il problema della posizione delle circostanze del reato nella struttura della fattispecie criminosa ha sempre particolarmente attratto l'interesse della dottrina che si è divisa sull'alternativa di configurare, quale fattispecie distinta dal reato-base, la stessa circostanza o l'intero reato circostanziato. Per un'approfondita ed esauriente analisi degli orientamenti sul punto, si rinvia al capitolo 1 del presente

dell'istituto sul piano della commisurazione della pena: si badi bene, in un'ottica di tipo plurisetoriale.

Prendendo nuovamente le mosse da un inquadramento definitorio dell'istituto, come noto, le circostanze del reato sono in dottrina ed in giurisprudenza comunemente riferite a quegli elementi di fattispecie che, accedendo ad una figura di reato già integra dei suoi requisiti essenziali, comportano una modificazione in senso attenuante o aggravante della pena edittale per essa comminata. Esse costituiscono lo strumento giuridico attraverso il quale il legislatore provvede ad adeguare la risposta sanzionatoria alla variabile gravità di fatti criminosi già tipici, correlata alla sussistenza di ulteriori elementi, predeterminati dal legislatore in via generale ed astratta attraverso la previsione legale delle singole e molteplici situazioni circostanziali¹⁶. Le circostanze sono, dunque, elementi accidentali, accessori, del reato (*accidentalia delicti* che *circum stant* ad un *quid* di per se stesso già completo). Come tali non sono necessari per la sua esistenza ma incidono sulla gravità o rilevano come indici della capacità a delinquere del soggetto, comportando una modificazione quantitativa o qualitativa della pena. Ove presenti trasformano la fattispecie astratta di reato semplice in una fattispecie astratta di reato circostanziato, comportando altresì una mo-

lavoro ed in dottrina si ricorda in particolare G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 8 s.; G. Marini, *Le circostanze del reato*, cit., 56 s.; A. Melchionda, *Le circostanze*, cit., 715 ss.; A. Spena, *Accidentalia delicti?*, cit., 644 ss. Nella manualistica vedasi in particolare F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2011; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 525 ss.; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2010; D. Pulitano, *Diritto penale*, Torino, 2011; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, art. 59 c.p., Milano, 2011, 630 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010. Gli orientamenti riportati sostengono pressoché tutti la tesi, oggi maggioritaria, dell'autonomia della fattispecie circostanziale. Dimostrato, infatti, che il reato circostanziato assumerebbe consistenza solo sul piano della c.d. fattispecie concreta: quest'ultima non si identifica con la realizzazione fenomenica del modello legale, ma, essendo a sua volta *tipica* inerisce piuttosto a quell'ulteriore rapporto giuridico-penale, che attraverso la disciplina della determinazione della pena concreta, è diretto a fissare i definitivi contenuti delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo all'autorità statale dell'individuo. Più precisamente è d'uopo osservare come la fattispecie, la descrizione dell'accadimento della vita sia costituita da una pluralità di «dati» o «particolari» o «elementi» descrittivi, ciascuno dei quali concorre con tutti gli altri a costituire l'insieme in cui consiste quella sorta di «racconto» o di «fotografia» di vita che ogni singolo reato. Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 83. Ognuno di questi elementi concorre in modo *essenziale* – in virtù di m quella relazione biunivoca di cui si è detto – alla individuazione del contenuto di disvalore del reato, di quel contenuto e non di un altro. In buona sostanza, ogni elemento di fattispecie concorre a fondare e ad esprimere quello specifico disvalore del fatto e non altro, al quale il legislatore ha ritenuto di reagire penalmente e di reagire con una determinata risposta sanzionatoria e non altra. Dunque, sebbene il contenuto di disvalore del reato sia «portato» dell'*insieme* degli elementi di fattispecie, *ciascuno* di essi ha un ruolo *essenziale* della fondazione dello specifico disvalore del reato, così che al mutamento anche di uno solo di essi corrisponde il mutamento bensì della fattispecie ma anche del suo contenuto di disvalore. Tali considerazioni sono perfettamente mutuabili per il sistema delle circostanze del reato per mezzo del quale, al combinarsi dell'elemento circostanziale con la fattispecie base dà vita ad una nuova fattispecie, con un proprio peculiare disvalore: *id est* la c.d. fattispecie circostanziata.

¹⁶ In tal senso vedi in giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. un., 24.02.2011 (dep. 24.05.2011), n. 22049, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, con nota (ci sia consentito il rinvio) di L. Pellegrini, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1366 ss.

difica in aumento o in diminuzione, della pena stabilita dalla fattispecie semplice. Valutate in un'ottica sostanziale le circostanze rappresentano, dunque, altrettanti elementi capaci di incidere sulla gravità del fatto o sulla intensità della capacità criminale del soggetto e assolvono alla funzione di adeguare la risposta sanzionatoria alla gravità del reato, che può dipendere dalla presenza di elementi significativi, diversi ed ulteriori a quelli essenziali. Dal punto di vista tecnico formale le circostanze devono essere, invece, oggetto di una specifica previsione legislativa, in quanto accedono – integrandosi con essa – ad una fattispecie incriminatrice già costituita nei suoi elementi essenziali e comportano, rispetto ad essa, una variazione di pena che può essere stabilita in modo proporzionale oppure indipendente rispetto alla pena prevista per il reato base cui le circostanze accedono. Quale che sia il sistema di variazione, proporzionale o indipendente, le circostanze hanno comunque efficacia extraeditale. Tale variazione di pena costituisce la caratteristica saliente delle circostanze in senso tecnico. La legge considera taluni dati circostanziali come idonei ad accedere ad una fattispecie incriminatrice, specificandone la fisionomia e così riducendo la distanza tra le previsioni dei singoli tipi criminosi e la multiformità dei modi in cui i fatti di reato possono inverarsi nella realtà, in ossequio al principio di proporzionalità della pena¹⁷.

La funzione ed il ruolo che le circostanze ricoprono nel nostro sistema sono sempre state oggetto di acceso dibattito che ha portato al delinearsi di una gamma

¹⁷ Per radicali ripensamenti dei profili di autonomia della fattispecie circostanziata vedasi, in particolare, S. Preziosi, *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000, 48 ss.; A. Spena, *Accidentalia delicti?*, cit., 639 ss. In particolare, quest'ultimo autore mette accuratamente in discussione, sul piano dogmatico, la fondatezza dell'idea che le circostanze siano elementi accidentali estranei all'intima struttura del reato e di riflesso, sul piano politico-criminale, la sostenibilità della scelta del legislatore di disciplinare in maniera unitaria la categoria delle circostanze del reato. Più precisamente, si sostiene che l'elemento circostanziale, incida, modificandoli, su aspetti essenziali del reato base. La struttura del reato circostanziato si viene, quindi, a distinguere da quella del reato base, non già per l'intervento dei un fatto periferico, estrinseco, che si limita ad aggiungervi una sorta di corpo estraneo che influisce dall'esterno sulla pena da applicare, ma se ne distingue, invece, nei sui elementi essenziali. Il reato circostanziato risulta, quindi, un reato diversamente tipico rispetto a quello base o dotato di un diverso grado di illiceità, oppure ancora opera di un autore diversamente colpevole per averlo commesso. Tali aspetti erano stati, peraltro, seppur non in maniera così radicale e netta, messi in evidenza da una autorevole dottrina, la quale, ha sottolineato come dal punto di vista tecnico-formale le circostanze si integrano alla fattispecie incriminatrice già costituita nei suoi elementi essenziali. Tale combinazione (*rectius* conglobazione) darebbe origine ad una nuova fattispecie (*id est* la fattispecie circostanziata), che è necessariamente speciale rispetto alla fattispecie incriminatrice "base" ed è dotata di una propria, autonoma cornice editale anche se per ipotesi individuata in modo proporzionale rispetto alla fattispecie-base. E' d'uopo sottolineare che tale autonoma e propria tipicità del reato circostanziato trovi il proprio *apice* nel caso in cui ricorrano circostanze ad efficacia speciale. Queste, infatti, comportano una variazione indipendente della pena base la quale può essere di tipo qualitativo o quantitativo. Nel primo caso a variare è la specie di pena (c.d. circostanza autonoma), nella seconda ipotesi, invece, viene introdotta dal legislatore una nuova cornice editale (c.d. circostanze indipendenti). Tali circostanze, come sottolineato dal Vassalli, infatti, - e questo è il punto - presentano una particolare vicinanza e prossimità alle singole figure di reato della parte speciale. Rispetto a queste, dunque, si coglierebbe in maniera ancora più evidente e lampante la loro autonomia strutturale di tipicità strutturale nonché di disvalore. G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, cit., 10 ss.

estremamente varia e controversa di opinioni. Tali eterogenei e spesso confliggenti approcci interpretativi possono, a ben vedere, essere ricondotti all'interno di due macro-categorie: *teorie monofunzionali* e *teorie polifunzionali*.

Con la prima espressione si vuole indicare quelle dogmatiche che incentrano e ravvisano la funzione dell'istituto delle circostanze *tutta e solo* nel momento giudiziale della quantificazione della pena (*richterliche Strafzumessung*) oppure in quello di determinazione legale della sanzione (*gesetzliche Strafbemessung*)¹⁸. Le teorie monofunzionali polarizzano, dunque, l'istituto delle circostanze del reato su di uno solo dei due momenti *de quibus* rimarcandone la distinzione logica nonché la netta contrapposizione dall'altro. Più precisamente, occorre osservare come le suddette impostazioni teoriche pretendono di ricercare sullo stesso piano sostanziale i presupposti di una giustificazione funzionalmente unitaria ed autonoma della categoria. Il nodo problematico della questione concerne, dunque, l'afferenza delle circostanze del reato alla determinazione legale della sanzione – cui dovrebbe riconnettersi una sicura incidenza sul computo della pena edittale ed un'altrettanto indiscutibile impermeabilità al dispiegarsi della discrezionalità giudiziale – o piuttosto l'inerenza alla commisurazione in senso stretto e, quindi, ai criteri di individuazione della pena concreta, nel qual caso troverebbero, invece, piena giustificazione, nell'economia dell'istituto, l'influenza sull'apprezzamento in astratto della gravità del reato e l'espansione dell'area di intervento della discrezionalità del giudice. Quanto detto viene perseguito dando corpo e spessore ad una *dialettica* di tipo *antagonista*. Le diverse tesi si fondano e muovono, infatti, proprio dal tentativo di demolizione delle argomentazioni sottese alla contrapposta teorica. Argomentando sulla fallacia dell'una teoria si cerca, dunque, di trarre elementi validi a sostegno della concezione antagonista.

Le teorie polifunzionali valorizzano, invece, tanto l'istanza di commisurazione giudiziale quanto quella di determinazione legale della pena, riconducendole entrambe, quasi alla ricerca di un momento di sintesi compositiva, all'essenza funzionale delle circostanze. Queste impostazioni, non riconoscendo la possibilità di ricollegare la funzione delle circostanze ad un'unica prospettiva finalistica stante la poliedricità degli elementi di valore espressi dall'intero fenomeno circostanziale, ritengono, dunque, indispensabile ravvisare una sorta di polifunzionalità dell'istituto. A ben vedere, è d'uopo osservare come anche in questa seconda macro categoria classificatoria sia ravvisabile una «dialettica» che risulta, tuttavia, essere profondamente differente dalla precedente. Se le teorie monofunzionali, infatti, si caratterizzano tutte per essere vivificate da una dialettica oppositiva, quelle polifunzionali presenterebbero, invece, un'anima dialettico compositiva. Con tale ultima espressione si vuole sottolineare e al contempo valorizzare un significato della parola che pone le proprie radici nell'espressione greco-classica η διαλεκτική (τέχνη), da intendersi quale processo

¹⁸ Questa distinzione costituisce il punto di partenza della teoria della commisurazione della pena: cfr., per tutti, H. J. Bruns, *Strafzumessungsrecht*, 2^a ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, 36 ss.; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Berlin, 1978, 698.

con cui due contrari, tesi e antitesi, nel pensiero e nella realtà, si sviluppano unitariamente, risolvendosi in un momento superiore detto sintesi. E' questa la dialettica compositiva¹⁹.

2. Le teorie monofunzionali. Tradizionale attribuzione alle circostanze di una generica funzione di individualizzazione e concretizzazione della pena: prime considerazioni critiche

La funzione dell'istituto viene tradizionalmente ricondotta alla «individualizzazione» e «concretizzazione» della responsabilità penale²⁰. In tale prospettiva le circostanze tenderebbero a ridurre lo iato che (necessariamente) intercorre tra la fattispecie astratta e la concretezza del fatto storico, e quindi ad adeguare, quanto più possibile, la pena al disvalore espresso dal caso concreto verificatosi *hic et nunc*²¹. Più precisamente, si è affermato che nella categoria delle circostanze bisogna cogliere il più chiaro tentativo del legislatore di far diventare quanto più possibile aderente il diritto al fatto (ovviando così al contrasto tra fattispecie legale - generica ed indifferenziata perché tipica ed incolore - ed il fatto concreto, che assume, invece, una più tenue od intensa colorazione per il presentarsi di particolari modalità e di specifiche determinazioni)²² in una materia in cui, più che in ogni altra, è evidente, viva ed urgente la necessità di non dissociare la regolamentazione giuridica dalla realtà "umana" che ne è oggetto²³.

¹⁹ Per questo si è ritenuto opportuno inserire nel titolo del presente lavoro il lemma "dialettica", in quanto contraddistingue tanto le teorie monofunzionali che quelle polifunzionali.

²⁰ Cfr., in particolare, G. Marini, *Le circostanze del reato*, cit., 63 s.; Id., *Circostanze del reato (diritto penale)*, cit., 1254; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, 348 s.

²¹ Cfr., in tal senso, G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 3 ss.; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 581 ss.; A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 2 ss.; G. Marini, *Le circostanze del reato*, cit., 63 s.; G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 1 ss.

²² A. Santoro, *Le circostanze del reato*, cit., 2 ss. Il quale rileva come al riguardo il Bentham avesse già osservato che, sia nei delitti, sia nella persona del delinquente, possono presentarsi circostanze imprevedute o particolari che fanno sentire i grandi inconvenienti di una legge rigida ed inflessibile. Cfr. J. Bentham, *Théorie des peines légales*, Bruxelles, 1840, libro I, cap. XI. Ora, l'ordinamento giuridico penale - per accostarsi il più possibile alla realtà dei fatti umani, intenderne meglio il valore (o il disvalore) e per adottare sanzioni che siano il più appropriate possibile agli autori degli stessi - appresta diversi istituti, per mezzo dei quali si rende possibile passare dalla astrazione di azioni tipiche alla concretezza, o meglio ad una maggiore concretezza dei fatti reali.

²³ Cfr. G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 2. Il legislatore mediante la configurazione delle circostanze tenderebbe, dunque, ad ottenere che il reato sia la *traduzione personalizzata* del suo autore, tenendo in debito conto le caratteristiche, per così dire, oggettive della fattispecie realizzata dall'agente. Si è cercato in tal modo, da parte del legislatore, di specificare meglio nelle sue concrete modalità, il fatto, mettendo in netto rilievo la natura strettamente personale ed assicurandone la piena «rispondenza» al modo di essere del suo autore. Cfr., in tal senso, M. Gallo, *Appunti di diritto penale. Forme di manifestazione*, Padova, 1962, 1 ss.; Id., *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 422 ss.

Orbene, le suddette impostazioni finiscono con il peccare di una certa genericità, dal momento che «individualizzazione» e «concretizzazione» non sono termini di univoca espressività circa il fondamento funzionale dell'istituto. Il fenomeno di ravvicinamento della fattispecie legale tipica ed astratta al fatto concreto caratterizza, infatti, tanto la *gesetzliche Strafbemessung* quanto la *richterliche Strafzumessung*.

Seppur, tuttavia, quanto appena sottolineato può ritenersi indubbiamente vero, da un'analisi più attenta delle impostazioni tradizionali sulla funzione delle circostanze del reato se ne ravviserebbe una tendenziale connotazione in termini di *quantificazione giudiziale* della pena. Ciò può ragionevolmente desumersi dal costante richiamo che le suddette impostazioni fanno all'«assioma» espresso dal Ministro Guardasigilli in punto di disciplina del concorso eterogeneo di circostanze. Lo stesso sottolineò, infatti, come la previsione dell'innovativo giudizio di bilanciamento delle circostanze concorrenti fosse stata ispirata dalla necessità di far sì «che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche»²⁴. Pur parzialmente ambigua²⁵, e condizionata dall'obiettivo di risolvere gli specifici problemi scaturiti dalla disciplina previgente, questa indicazione ha finito, tuttavia, con il pesare notevolmente nello sviluppo dei primi commenti al nuovo codice, nei quali apparve subito corretto sottolineare come le circostanze rappresentassero elementi attraverso i quali il giudice realizza una migliore individualizzazione della sanzione penale²⁶.

²⁴ Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale*, vol. I, 123 ss. Il giudizio di bilanciamento, così strutturato, assolve in pieno alla funzione di individualizzazione della pena al caso concreto ed il giudice, come si evince dalla Relazione ministeriale, dovrà, infatti, procedere ad una valutazione unitaria ed integrale dell'episodio criminoso che consenta il pieno rispetto del principio di proporzione fra la pena da comminare e il fatto criminoso. La previsione dell'obbligatorietà della valutazione comparativa delle circostanze eterogenee veniva quantificata dalla Relazione ministeriale e confermata dalla giurisprudenza e dalla dottrina successive quale requisito imprescindibile per garantire la funzione di adeguamento della pena al caso concreto, attraverso una valutazione integrale della personalità del colpevole e dell'entità dei fatti realizzati. Cfr., sul punto fra tutti, A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 24 s.

²⁵ L'ambiguità di tale iniziale riferimento alla personalità del reo fu, ad esempio, rilevato dallo stesso D'Amelio, Presidente della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto definitivo del codice, il quale fece notare che «col sistema della prevalenza in blocco delle aggravanti sulle attenuanti o viceversa non si riesce affatto ad individualizzare la pena al fatto e alla personalità del colpevole, poiché è solo con l'applicazione analitica delle circostanze che aggravano o diminuiscono la personalità del colpevole che si può determinare la pena giusta ed appropriata». Cfr. in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., VI, 128. Come peraltro emerso nel corso del successivo dibattito scientifico, l'ambiguità del giudizio di tale riferimento risulta evidente anche alla luce della prevista inapplicabilità del giudizio di bilanciamento alle c.d. circostanze inerenti alla persona del colpevole. Cfr. in tal senso A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 582 s., in particolare v. la nota 6.

²⁶ Cfr. A. Santoro, *Le circostanze del reato e sul loro concorso*, in *Arch. pen.*, 1952, I, 100, il quale identifica le circostanze quali «elementi estrinseci al fatto-reato, che tuttavia integrano l'essenziale descrizione legale al fine della necessaria individualizzazione della pena nel caso concreto», vivificando quel nucleo

Quelle in esame, quindi, proprio alla luce dei rilievi sopra sviluppati si caratterizzerebbero – seppur in termini spesso piuttosto generici ed equivoci – per essere teorie volte ad individuare la funzione dell'istituto delle circostanze nell'esclusivo momento dell'individualizzazione giudiziale della pena. Dunque, una loro preminente, anzi esclusiva, connotazione nel momento commisurativo e nella “disponibilità” giudiziaria, essendo le circostanze proprie i mezzi per graduare la pena alle caratteristiche del fatto concreto di reato. Di qui la loro ascrizione sistematica nel novero delle teorie monofunzionali.

Questa ricostruzione funzionale delle circostanze è andata, tuttavia, incontro a puntuali critiche dalle quali ha preso corpo e spessore la contrapposta soluzione teorica volta ad inquadrarle nella dimensione legale della commisurazione della pena e della determinazione della fattispecie.

3. Il contributo della dottrina all'individuazione della funzione delle circostanze di determinazione legale della fattispecie e commisurazione legale della pena

Sempre muovendo in un'ottica monofunzionale – volta, come tale, a ricollegare la funzione delle circostanze ad una unica prospettiva di valore – ed in contrapposizione con i precedenti orientamenti, si è osservato che le circostanze del reato, ad una loro prima ed immediata lettura, avendo quale effetto caratteristico la modificazione della pena (c.d. efficacia extra-edittale)²⁷, dovrebbero collocarsi nell'ambito del momento legislativo di determinazione della misura della sanzione.

L'istituto sarebbe, dunque, ascrivibile tra le cause legali di variazione della pena e di determinazione della fattispecie e non già nella commisurazione giudiziale della stessa²⁸. Le circostanze, grazie al loro contributo in termini di tipizzazione, fornirebbero, pertanto, una migliore descrizione legale dell'illecito e, quindi, realizzerebbero una più accurata indicazione legale del disvalore complessivo del fatto. Più precisamente, il legislatore, in presenza dell'elemento circostanziale da lui stesso tipizzato, non riterrebbe più adeguata la specie di pena o la cornice edittale stabilita per il reato semplice in quanto espressiva di un disvalore diverso (quello appunto della fattispecie semplice a cui si è però aggiunto, innestandosi, l'elemento circostanziale dando vita ad una nuova fattispecie c.d. circostanziata espressiva di un diverso ed autonomo disvalore) e provvederebbe, quindi, a sostituire l'una o spostare i termini dell'altra lungo l'intervallo della forbice formata dagli estremi minimo e massimo.

Assumendo tale prospettiva di indagine apparirebbe, secondo un'autorevole dottrina²⁹, assolutamente contraddittorio ricondurre la funzione delle circostanze nell'ambito della individualizzazione o concretizzazione *giudiziale* della pena.

precettivo della norma penale, «dal quale trae origine e fondamento e sostanza il potere-dovere del giudice di applicare la sanzione, nei casi dalla legge stabiliti, e di adeguarla alla condotta criminosa».

²⁷ Cfr., fra tutti, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 526.

²⁸ Cfr. A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 54 ss.

²⁹ Cfr. A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 58 ss.

A ben vedere saremmo, infatti, in presenza non di una «concretizzazione» ma di una «sostituzione» della grandezza di riferimento con un'altra che lascerebbe immutato il grado di genericità ed astrattezza della previsione. «Individualizzazione» e «concretizzazione» sono, infatti, concetti volti ad indicare un procedimento logico attraverso il quale i contorni di una determinata grandezza si definiscono in forza di successive approssimazioni, fino a concentrarsi su taluno degli elementi idealmente già compresi nella originaria formulazione³⁰.

Nulla di tutto ciò avverrebbe in presenza di un reato circostanziato.

Gli effetti delle circostanze, infatti, anziché «concretizzare» la pena di fatto applicabile finirebbero con l'ampliare – e non restringere – la forbice edittale della sanzione prevista. Tale estensione dei margini edittali, a ben vedere, si produrrebbe sia nel caso operi una rideterminazione della cornice edittale stabilita per il reato semplice (è questo il caso delle circostanze c.d. indipendenti)³¹, sia ove si attui più semplicemente una variazione proporzionale della pena base (c.d. circostanze ad efficacia comune o a variazione frazionaria).

In altre parole – ad onta della «concretizzazione» della pena, che l'opinione interpretativa tradizionale pretende favorita – le circostanze del reato realizzerebbero una potenziale crescita consistente della latitudine edittale e ciò avverrebbe paradossalmente attraverso la considerazione di elementi fattuali che, se non fossero stati oggetto di espressa qualifica circostanziale da parte del legislatore, avrebbero potuto svolgere una funzione di individualizzazione in senso stretto della pena, lasciando

³⁰ Tali espressioni sono, dunque, idonee a descrivere il passaggio dalla previsione edittale alla misura della pena in concreto fissata dal giudice, connotando così la distinta e successiva attività di irrogazione giudiziale della pena per il caso concreto all'interno della forbice stabilita dal legislatore.

³¹ Sebbene nell'impostazione seguita dalla dottrina sul punto si tenda a riconnettere tale effetto "estensivo" dei margini edittali e quindi della discrezionalità giudiziaria a tutte le tipologie di circostanze (indipendenti; autonome; proporzionali), a nostro avviso si impone comunque una precisazione ed una distinzione. Innanzitutto occorre precisare che quello dell'estensione della forbice edittale in presenza di una circostanza a variazione di pena indipendente è un connotato che ricorre nella maggior parte delle ipotesi ma non in tutte. Sono riscontrabili, infatti, delle eccezioni specie in riferimento alle attenuanti c.d. indipendenti. Un esempio in tal senso che concerne un istituto di particolare diffusione applicativo-giudiziarica può essere ravvisato nel disposto normativo di cui all'art. 73.5 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Tale norma restringe la forbice edittale in caso di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope ove le suddette condotte costituiscano fatti di lieve entità avuto riguardo ai mezzi, alle modalità, alle circostanze dell'azione, ovvero alla qualità e quantità delle sostanze. Dalla reclusione da sei a venti anni e dalla multa da € 26.000 a € 260.000 si passa alla reclusione da uno a sei anni ed alla multa da € 3.000 a € 26.000. Evidente la notevole compressione del potere discrezionale quantitativo del giudice. In secondo luogo si impone una distinzione: le circostanze c.d. autonome meritano, infatti, un discorso a parte. A ben vedere, infatti, le circostanze *de quibus* non realizzano pressoché mai un'estensione della forbice edittale della fattispecie. Tendono viceversa, una volta sostituita la *species* della pena, a comprimere la discrezionalità quantitativa giudiziaria. Chiaro esempio in tal senso è offerto dalle circostanze aggravate speciali a variazione di pena autonoma previste per il delitto di omicidio doloso ai sensi dell'art. 576 e 577 c.p. La pena accordata in tali ipotesi è dell'ergastolo e non più della reclusione (variazione qualitativa della specie), ma – e questo il profilo che interessa qui sottolineare – la discrezionalità del giudice che precedentemente oscillava fra 21 e 24 anni, viene addirittura annullata su di un termine legislativamente prefissato in maniera fissa.

che operassero quali indici ai sensi dell'art. 133 c.p. all'interno della ordinaria cornice edittale³².

Al fine di fornire una immediata e chiara comprensione di tali rilievi, è d'uopo passare al "vaglio empirico", per comprenderne la sostanziale erroneità, l'idea secondo la quale attraverso le circostanze si realizzerebbe «una migliore individualizzazione della sanzione».

A tal fine, presa la figura base della rapina, ipotizziamo la presenza, in momenti separati, di circostanze ad efficacia speciale e ad efficacia comune.

Quando il fatto di cui all'art. 628 c.p. è commesso, ad esempio, da una persona armata e travisata nell'aspetto fisico la forbice edittale, limitatamente alla pena detentiva, subisce un mutamento: dalla reclusione da tre a dieci anni, si passa alla reclusione da quattro anni e sei mesi a venti anni. Se si considera che l'ipotesi di cui all'art. 628, comma 3, n. 1 c.p. integra una particolare modalità della condotta ai sensi dell'art. 133, comma 1, n. 1 c.p. – in modo che avrebbe potuto costituire un valido punto di riferimento per la commisurazione della pena già all'interno dell'originario *Strafrahmen* – risulta del tutto agevole nonché immediata la constatazione che il giudice, proprio a seguito della intervenuta tipizzazione circostanziale, si trovi di fronte uno spazio edittale quasi doppio rispetto alla originaria estensione. Per di più l'interprete non potrà nemmeno avvalersi per la determinazione della pena in concreto di quei profili del fatto che, in seguito all'intervento legislativo, sono stati assunti al rango di elementi della fattispecie circostanziata astratta: pena la violazione del divieto di doppia valutazione³³. Evidente il conseguimento di un risultato esattamente contrario allo scopo – tradizionalmente ricollegato agli elementi circostanziali – di riduzione delle discrezionalità giudiziaria e individualizzazione della responsabilità penale.

Anche alla luce dell'esempio appena fatto, a cui peraltro se ne potrebbero aggiungere di innumerevoli, si potrebbe, dunque, ritenere che rispetto alle circostanze aggravanti indipendenti l'effetto modificativo della pena edittale si manifesterebbe con la massima evidenza, risultando incompatibile con la funzione di concretizzazione della pena tradizionalmente attribuita all'istituto.

Riflessioni del tutto simili si possono ricavare dalla considerazione di circostanze ad efficacia comune. Si ponga mente questa volta, ad esempio, ad una rapina pluriaggravata ai sensi dell'art. 61 n. 5 e 7 c.p. perché commessa approfittando di circostanze tali da ostacolare la privata difesa e per aver cagionato un danno di rilevan-

³² Il legislatore è, infatti, del tutto libero di decidere se selezionare in via generale ed astratta un determinato connotato fattuale elevandolo al rango di circostanza propria, con conseguente efficacia extraedittale sulla variazione della pena, oppure lasciarlo nel campo degli indici fattuali rimessi alla discrezionalità del giudice ed in ogni caso dotati di una rilevanza esclusivamente infraedittale. Così, ad esempio, mentre il legislatore ha ritenuto di attribuire natura circostanziale alla colpa con previsione, definendone struttura e conseguenze nell'art. 61 n. 3 c.p., altrettanto non ha ritenuto di fare per i diversi gradi di intensità del dolo (diretto ed eventuale), che potranno, pertanto, rilevare attraverso il potere discrezionale del giudice solo ai sensi e per gli effetti dell'art. 133.1 n. 3 c.p.

³³ *Id est il ne bis in idem* sostanziale.

te gravità. La nuova cornice edittale della fattispecie pluriaggravata risulterà dalla ripetuta applicazione dell'aumento frazionario ed elastico di pena previsto dall'art. 64 c.p., rispettivamente nella minima e nella massima estensione, agli originari minimo e massimo edittali. La pena che in precedenza per il reato base andava da A a B in presenza delle suddette due circostanze aggravanti varia

da $A + 1 + 1$ a $B (1 + \frac{1}{3}) (1 + \frac{1}{3})$ e cioè da $A + 2$ a $B (1 + \frac{1}{3})^2$

Applicando la suddetta formula al caso concreto, il giudice potrà spaziare su di un intervallo di pena detentiva compreso tra tre anni e due giorni (pena minima irrogabile) e diciassette anni, nove mesi ed undici giorni (pena massima complessiva irrogabile). Anche in questo caso, in presenza di circostanze ad efficacia comune, apparirebbe dimostrato l'ampliamento della cornice edittale della pena entro la quale il giudice dovrà individuare il *quantum* di pena in concreto da irrogare al reo.

Alla luce di quanto finora affermato e secondo l'attuale conformazione dell'istituto si potrebbe correttamente parlare, dunque, di individualizzazione o concretizzazione della sola fattispecie e non anche delle conseguenze sanzionatorie³⁴. Il reato circostanziato, come messo precedentemente in evidenza, sotto il profilo degli esiti sanzionatori apparirebbe, infatti, più ampio e sfocato di quello del reato semplice. La sua funzione andrebbe, dunque, colta nel diverso e preliminare momento di individualizzazione della fattispecie legale astratta più confacente alla manifestazione del caso concreto: il tutto si tradurrebbe, pertanto, in un procedimento di specializzazione della fattispecie semplice³⁵.

In sintesi, secondo tali rilievi, le circostanze del reato, attesa la loro efficacia ultraedittale, opererebbero, sul piano della valutazione legale della pena, contribuendo ad una più esatta descrizione giuridica del disvalore del fatto. Le circostanze proprie non avrebbero, pertanto, l'obiettivo di circoscrivere la discrezionalità del giudice ed

³⁴ Secondo K. English, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, 55 ss., in tale ipotesi sarebbe corretto parlare di «specializzazione» e non di «individualizzazione».

³⁵ E' d'uopo, peraltro, sottolineare, come affermato da de Vero, che presumibilmente la lettura del fenomeno circostanziato in termini di individualizzazione della pena sarebbe corretta se l'effetto modificativo della sanzione si risolvesse nel ritagliare, all'interno dello spazio edittale proprio del reato c.d. semplice, un più circoscritto intervallo di esclusiva pertinenza dell'ipotesi circostanziata. Si tratterebbe di una sorta di *Spielraum* di determinazione legale, entro il quale si manifesterebbe il potere discrezionale di commisurazione della pena in senso stretto. Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 7 s. In altre parole, secondo l'impostazione *de qua*, gli elementi circostanziali, siano essi aggravanti o attenuanti, esplicherebbero i loro effetti all'interno della forbice edittale prevista per il reato semplice a cui accedono. Verrebbe, dunque, individuata una più ristretta cornice edittale che si inscriverebbe nella precedente più ampia, con l'evidente effetto di circoscrivere il potere discrezionale del giudice incanalandolo, quasi fosse un imbuto, verso la commisurazione in senso stretto. Deve, peraltro, osservarsi che con la determinazione legale di un ambito più ristretto, la maggiore concretezza espressa dal reato circostanziato, sul piano del rapporto di specie a genere rispetto all'ipotesi non circostanziata (concretizzazione sul piano della fattispecie), troverebbe un effettivo riscontro anche sul piano delle conseguenze sanzionatorie. Vi sarebbe così corrispondenza fra creazione legale di una sottofattispecie (specificazione del reato-base) e specificazione legale (nel senso di riduzione dell'intervallo previsto per il reato semplice) della relativa conseguenza sanzionatoria adeguata alla nuova previsione.

individualizzare il trattamento sanzionatorio – consentendo così l'applicazione di una pena adeguata alle caratteristiche concrete del fatto e dell'agente - bensì quello di predeterminare il disvalore legale del reato circostanziato con conseguente individuazione dei limiti legali di pena. In buona sostanza, l'estensione della cornice editale si tradurrebbe in un ampliamento della discrezionalità quantitativa giudiziaria e niente accadrebbe sotto il profilo discrezionale-qualitativo.

Sebbene avallata da innegabili riscontri di natura positiva, la tesi necessitava, tuttavia, di spiegare come la suddetta conclusione potesse conciliarsi con altri aspetti di disciplina dell'istituto.

A parte il peculiare regime previsto per le circostanze ad efficacia speciale, la possibilità di collegare alla cornice editale della pena anche l'efficacia modificativa propria delle circostanze ad efficacia comune risultava, infatti, in palese contrasto con la disciplina dettata dall'art. 63.1 c.p. Profilo di disciplina quest'ultimo che la contrapposta dottrina tradizionale aveva ritenuto evidente sintomo della possibilità di concepire le circostanze quali indici di rilievo prettamente commisurativo, destinati ad influire su di una pena già parzialmente determinata dal giudice (*id est* la pena base)³⁶.

Si poneva, dunque, la necessità di superare tale incongruenza sistematica tra funzione di commisurazione legale della pena, strettamente riconnessa al presupposto logico-normativo della classificazione delle circostanze quali vere e proprie «cause di modificazione della cornice editale della pena», e disciplina *ex art.* 63 c.p. tesa, invece, alla valorizzazione del ruolo di individualizzazione giudiziale della pena.

Stretta in questa morsa, nella dialettica tra effetti e disciplina delle circostanze, la più attenta dottrina cerca di risolvere il problema mediante la congiunta valorizzazione di un duplice insieme di presupposti³⁷.

Da un lato, ci si è richiamati a premesse di natura prettamente teorica e si è contestato che una corretta (e naturale) impostazione del processo di individualizzazione della pena potesse essere frazionata in più operazioni separate e distinte. Dall'altro lato, si è sottolineato come questo primo assunto trovasse immediata conferma nella stessa prassi giurisprudenziale, palesemente orientata ad impostare su basi *unitarie* il processo di commisurazione della pena, e a determinare solo a posteriori il rilievo concreto formalmente riconosciuto (e/o riconoscibile) alle singole circostanze accertate³⁸.

Alla luce di tali rilievi si è, dunque, negato che con il disposto di cui all'art. 63 c.p. il legislatore avesse voluto predeterminare in forma rigida e vincolante i passaggi

³⁶ Si tratta dei presupposti caratteristici della nota tesi di Contento. Cfr. G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit. 24 s.

³⁷ Cfr. A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 90 ss.

³⁸ Su tali passaggi argomentativi v. in generale A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 93 ss. Un primo esplicito accenno alle segnalate caratteristiche della prassi applicativa e al costante aggiramento del processo commisurativo descritto dall'art. 63 c.p. era in effetti già stato segnalato anche da A. Malinverni, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in *Scuola pos.*, 1965, 191.

del processo di determinazione della pena conseguente alla integrazione di un reato circostanziato. Al contrario, la disposizione *de qua* dovrebbe intendersi solo come un generico corollario del principio di obbligatorietà delle circostanze del reato: l'art. 63 c.p., ed il procedimento da questo stabilito, si limiterebbe, dunque, ad imporre al giudice l'obbligo di dare dimostrazione di essersi conformato alla valutazione legale del reato e cioè di aver aumentato o diminuito la pena che avrebbe inflitto se dalla situazione significativa che è fondamento della circostanza non fosse dipesa la diversa valutazione legale del fatto.

La struttura del giudizio di commisurazione è stata perciò ritenuta – anche nel reato circostanziato – fondata su di un processo di portata sostanzialmente unitaria. Si è affermato, infatti, che il giudice, che determina la sanzione per un reato circostanziato, dovrebbe innanzitutto stabilire la pena entro i limiti edittali imposti dalla circostanza, e solo in un secondo momento (a volte addirittura successivo alla lettura del dispositivo in udienza) imputare la quantità rispettivamente attribuibile alla pena base ed alla modificazione circostanziale dimostrando così (in motivazione) di essersi conformato alla valutazione legale del reato³⁹. Così ad esempio, la cassiera di un supermercato che si appropria indebitamente del denaro contenuto nella cassa a fine giornata, commette il delitto di cui all'art. 646 c.p. aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 11 c.p. e ciò in virtù della relazione lavorativa che la lega con il titolare. Relazione, si badi bene, che è causa del possesso e che crea (stante il *pactum fiducae* sottostante) una maggiore offensività all'oggettività giuridica (*id est* il patrimonio sotto il profilo del diritto di proprietà) tutelata dalla norma. Ebbene, in questo caso il giudice non dovrebbe (*rectius* non procede nella prassi) prima individuare la pena-base fra quindici giorni e tre anni di reclusione e fra € 50 e € 1.032 di multa e successivamente aumentarla fino ad un terzo per il ricorrere della suddetta aggravante. Il procedimento di misurazione della pena nel caso in esame dovrebbe, infatti, avvenire nel modo seguente: ricostruzione unitaria ed astratta della nuova cornice edittale propria della fattispecie circostanziata e commisurazione al suo interno della pena concretamente da irrogare (risultante questa della pena-base più aumento circostanziate). Il giudice dovrà, pertanto, commisurare la pena fra sedici giorni e quattro anni di reclusione e fra € 51 e € 1.376 di multa.

Appare, dunque, evidente come al fondo di tale impostazione – basata su di un'attenta analisi della prassi giurisprudenziale – vi sia l'idea che il processo di commisurazione discrezionale della pena origini da una sorta di «folgorazione intuitiva»⁴⁰ del giudice capace di cogliere in sintesi il valore dell'illecito personalizzato riferito al parametro normativo assunto dal nostro ordinamento quale fondamento della pena⁴¹.

³⁹ Cfr. A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 93 s.

⁴⁰ Espressione questa efficacemente usata dallo stesso Stile e ripresa da Melchionda. V. rispettivamente A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 97; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 594.

⁴¹ Stile ritiene, peraltro, scontato il riferimento ad una concezione etico-retributiva della pena. Cfr., A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 97 s.

E' proprio in forza di tale ragione che si è ritenuto lecito affermare che nonostante l'art. 63 c.p. esprima il preciso intento del legislatore di «tenere [quanto più possibile] al guinzaglio il giudice»⁴² esso non si può spingere fino ad alterare il naturale processo di commisurazione della pena, frazionandolo in segmenti tali da non essere riconducibili ad unità. Valutare il fatto senza la circostanza o la circostanza senza il fatto sarebbe, infatti, un'assurdità logica⁴³. Ciò che preme al legislatore sarebbe, dunque, solo che il giudice si attenga alla valutazione legale del reato e che lo dimostri nella motivazione proprio attraverso l'indicazione prima della pena che avrebbe applicato se il reato circostanziato non fosse stato valutato dalla legge diversamente dall'ipotesi semplice, e quindi la differenza fra la misura complessivamente stabilita e quella che avrebbe applicato.

Ebbene, le considerazioni fin qui sviluppate appaiono profondamente sbagliate poiché si pongono in netto contrasto con la disciplina codicistica, da cui – come più volte osservato nella parte iniziale del capitolo primo – è errato prescindere.

Tutto ciò considerato, infatti, una altrettanto autorevole dottrina ha messo in evidenza il limite principale a tale impostazione, che consisterebbe nella dubbia compatibilità con l'impianto positivo del sistema vigente. E' d'uopo, peraltro, sottolineare come proprio da tale precisazione critica prendano spunto le principali teorie che riconoscono la necessità di ravvisare una sorta di polifunzionalità delle circostanze del reato, nel senso che oltre a determinare meglio già in astratto a livello di scelta politico-legislativa il fatto criminoso e/o le caratteristiche del soggetto attivo, hanno anche la funzione di influire sulla sanzione, calandosi in un momento commisurativo prettamente giudiziale.

Se da un lato, infatti, la tesi esaminata avrebbe il pregio di conformarsi puntualmente alla realtà della prassi giudiziaria, di esprimere quindi il diritto vivente, dall'altro finirebbe con il contraddire il chiaro disposto di cui all'art. 63.1 c.p. Secondo quest'ultimo, infatti, l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di pena «che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire». La commisurazione assumerebbe, dunque, una struttura bifasica: il giudice deve prima determinare la pena entro i limiti edittali, e poi computare su quella entità la variazione imposta dalla circostanza (evidente che l'effetto tipico di trasformazione edittale rimane del tutto eventuale: anzi, nella maggior parte dei casi, la pena in concreto irrogata si assesterà su valori ricompresi nella originaria forbice, riducendo così drasticamente le occasioni di incidenza delle circostanze ad efficacia comune sulla determinazione della pena edittale)⁴⁴.

In questa obiezione e considerazione si racchiude il nodo centrale dell'intero dibattito in esame.

⁴² Cfr., in questo senso, F. Carnelutti, *Il problema della pena*, Roma, 1945.

⁴³ In tal senso v. sempre A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 96.

⁴⁴ In tal senso vedasi le considerazioni svolte da de Vero in G. de Vero, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica*, cit., 54.

E', infatti, nello specifico tenore dell'art. 63 c.p. che si è ritenuto poter ravvisare piena ed indubbia conferma del precipuo rilievo assunto dalle circostanze ad efficacia comune nel quadro della quantificazione giudiziale della pena (*richterliche Strafzumessung*).

4. Le teorie *polifunzionali*: la (ri)valorizzazione dei nessi funzionali fra la disciplina delle circostanze ad efficacia comune ed il processo di individualizzazione giudiziale della pena

Sebbene avallata da un vasto e tradizionale orientamento interpretativo⁴⁵, l'idea di una specifica correlazione fra la disciplina delle circostanze ed il concreto processo di quantificazione giudiziale della pena ha acquisito solo con il contributo di un illustre ed attento studioso tangibile spessore argomentativo⁴⁶.

Come anticipato, il fondamento positivo di questa rinnovata verifica funzionale è stato individuato proprio in quel particolare meccanismo di commisurazione giudiziale previsto dall'art. 63.1 e 2 c.p. Le disposizioni appena richiamate apparirebbero, infatti, chiaramente «coniugare l'efficacia modificativa della pena edittale, attribuita alle circostanze [ad efficacia comune], con un particolare procedimento di commisurazione giudiziale della pena, che non ha riscontro nel reato semplice. Il riferimento ad una duplice operazione da effettuarsi da parte del giudice, il quale fissa l'ammontare definitivo della sanzione adeguata al caso concreto dopo aver attinto come prima grandezza di rilievo interlocutorio (la c.d. pena-base), è troppo esplicito perché possa escludersi la recezione, al riguardo, di autentiche, specifiche regole di commisurazione giudiziale della pena»⁴⁷.

In altre parole, dunque, le disposizioni in esame assegnerebbero agli elementi integrativi delle circostanze proprie una precisa e graduata incidenza - nell'ambito delle operazioni "logiche" di irrogazione della pena concreta all'interno dell'originario spazio edittale - nei confronti delle circostanze improprie riassunte nell'art. 133 c.p. Questa prospettiva meccanico-applicativa getterebbe, pertanto, luce chiarificatrice sulla funzione delle circostanze che sembrerebbe così combinare l'effetto modificativo della cornice edittale - come tale operante sulle valutazioni in astratto del legislatore - con un preteso momento di concretizzazione della pena.

La tesi in esame muove, tuttavia, da una preliminare centrale distinzione, anch'essa ricavabile dalla puntuale indagine del disposto di cui all'art. 63 c.p., fra circostanze ad *efficacia comune* e circostanze ad *efficacia speciale*⁴⁸. Un'indagine che abbia quale obiettivo quello di ricostruire il significato e la funzione delle circostanze del reato sul piano della commisurazione della pena in senso lato - comprensiva cioè

⁴⁵ Vedi i richiami bibliografici effettuati nel paragrafo n. 2 del presente lavoro.

⁴⁶ *Id est de Vero*.

⁴⁷ Cfr. G.de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 9 ss.

⁴⁸ E' d'uopo osservare che tale fondamentale distinzione è stata mantenuta anche dopo la riforma legislativa del 1984, proprio in materia di circostanze del reato.

dei momenti della determinazione legale e della commisurazione giudiziale nonché della loro interazione - non può, infatti, che segnalare e prendere atto di una profonda diversità nelle modalità di incidenza sulla pena fra circostanze a variazione di pena proporzionale (ad efficacia comune o ad effetto speciale) e circostanze a variazione di pena indipendente od autonoma.

Procedendo con ordine, alla prima categoria di circostanze, disciplinate nella loro operatività nel momento commisurativo dall'art. 63.1 e 2 c.p., si è ricollegata una preminente - si badi bene non esclusiva⁴⁹ - funzione di commisurazione giudiziale della pena. L'attendibilità nonché la tenuta di tale prima indicazione presupponeva, tuttavia, un'attenta spiegazione del complesso meccanismo preposto dall'art. 63 c.p., con particolare riguardo alle critiche ed obiezioni avanzate da quella impostazione dinanzi esaminata, volta, invece, a collocare l'istituto delle circostanze del reato sul piano della determinazione legale della fattispecie. Una delle principali argomentazioni contrarie all'ammissibilità di una siffatta frammentazione in due distinte operazioni dell'*iter* commisurativo seguito dal giudice, consisteva - come visto - nella necessità di evitare che lo stesso elemento venisse valutato due volte: prima ai fini della quantificazione della pena-base - quale elemento rilevante ai sensi dell'art. 133 c.p. - e poi in ragione della corrispondente ed autonoma variazione di pena. L'assunto si basava, tuttavia, su di una ben precisa premessa di fondo: e cioè che la natura unitaria ed inscindibile del processo di individualizzazione della pena impedisse di escludere, dalla fase di determinazione della pena-base, l'elemento ulteriormente rilevante anche quale specifica circostanza aggravante o attenuante⁵⁰.

Se, dunque, si fosse ritenuto il meccanismo bifasico descritto dall'art. 63.1 c.p. in termini obbligatori e vincolanti, si sarebbe inevitabilmente incorsi in una doppia valutazione dello stesso elemento prima come indice di commisurazione della pena in senso stretto e poi come circostanza in senso proprio. Di qui, come visto, l'esigenza di precisare meglio il significato dell'art. 63 c.p., svincolandosi da un'interpretazione letterale che avrebbe condotto verso la suddetta ricostruzione aritmetico-meccanicistica. Si era affermato, pertanto, che il procedimento di commisurazione della pena rappresenterebbe in fondo il frutto di una sorta di «intuizione» capace di cogliere in sintesi il valore dell'illecito personalizzato, e come tale non tollerebbe la scissione in segmenti distinti, che ne comprometterebbero il carattere essenzialmente unitario. Il giudice, dunque, non dedicherebbe una considerazione puntuale ed autonoma alla circostanza, ma procederebbe piuttosto ad una valutazione *complessiva* del concreto episodio criminoso, non diversamente da quanto accadrebbe per il

⁴⁹ Precisazione questa che sarà resa più chiara alla luce delle riflessioni conclusive del presente lavoro. V. in particolare il paragrafo n. 5. Si rinvia, comunque, già da subito alle considerazioni sul punto svolte da G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 120 ss.

⁵⁰ Cfr., in tal senso, A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 89 ss.; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit. 597.

reato semplice, e con la sola differenza che l'individuazione della misura della pena avverrebbe all'interno di un diverso e più ampio ambito editale⁵¹.

L'argomentazione così riassunta era andata, tuttavia, incontro a taluni determinanti rilievi critici⁵².

A ben vedere, infatti, l'asserita inevitabilità di una doppia valutazione non veniva affatto a dipendere dalla contestata possibilità di scindere in due fasi separate e distinte il processo di determinazione in concreto della pena, bensì dal fatto che la prima di queste due fasi, quella cioè incentrata sulla quantificazione della pena-base, potesse essere effettuata senza tener conto dello specifico elemento circostanziale. Radicata su tali assunti la tesi veniva, quindi, in maniera del tutto apodittica a precludere la possibilità di interpretare la disposizione in termini ancora coerenti, tanto con l'esigenza di evitare una doppia valutazione del medesimo elemento fattuale, quanto con la stessa possibilità di scindere in due momenti separati l'*iter* di commisurazione della pena stabilito dall'art. 63.1 c.p.⁵³

⁵¹ Cfr. A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 91. Pur senza occuparsi più specificamente dell'interpretazione dell'art. 63 c.p., una analoga soluzione interpretativa era stata in parte già delineata anche da P. Nuvoletti, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, cit., 242 ss. Secondo l'illustre A. «le circostanze indicate dall'art. 133 non [avrebbero potuto] in nessun caso coincidere con le aggravanti e le attenuanti espressamente previste dalla legge, non potendosi ammettere una duplice valutazione anche se effettuata in momenti diversi». Da qui la necessità di procedere ad una valutazione degli elementi rilevanti ex art. 133 c.p., solo «dopo che sono già stati considerati tutti gli elementi costitutivi e tutte le circostanze del reato».

⁵² Come osservato, la tesi in esame se da un lato si porrebbe in aderenza all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, dall'altro contrasterebbe, tuttavia, con la lettera stessa della legge, trascurando il duplice significativo momento di discrezionalità nella modificazione della pena-base contemplato dall'art. 63 c.p.; contraddicendo, peraltro, le successive disposizioni del comma 1 dell'art. 64 c.p. e del numero 3 dell'art. 65 c.p. Cfr. su tali conclusivi rilievi T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 189 ss.

⁵³ Ciò premesso era, tuttavia, necessaria al fine di cogliere in maniera autentica la rilevanza funzionale dell'art. 63 c.p. e del procedimento ivi descritto un'ulteriore riflessione volta a rilevare una stretta identità a livello funzionale tra circostanze proprie (ad efficacia comune) ed improprie. La necessità di una valutazione unitaria e complessiva di tutti gli elementi circostanziali poteva essere, infatti, ben plausibile anche mantenendo separato il momento di determinazione della pena-base e quello di modificazione in forza dell'applicazione dell'aumento previsto dalle circostanze. A ben vedere, infatti, ove si apprezzasse l'idea di una diversità funzionale fra il regime di operatività delle circostanze improprie e proprie la valutazione separata e successiva di quest'ultime non risulterebbe in contrasto con una doppia considerazione del medesimo elemento, in un primo momento valutato ai fini dell'art. 133 c.p., e successivamente alla luce della specifica (nonché diversa) funzione svolta dalle circostanze del reato. Tale astratta possibilità interpretativa ha, dunque, posto il problema di stabilire se sussista o meno omogeneità funzionale tra le circostanze proprie (ad efficacia comune) ed improprie e se quindi debba trovare applicazione il principio del *ne bis in idem* sostanziale, oppure quello che richiede la necessità dell'integrale valutazione di un medesimo fatto cui l'ordinamento giuridico penale attribuisce rilevanza per distinte finalità. La dottrina tradizionale, in maniera del tutto prevalente, sebbene da un lato riconoscesse una affinità di funzione tra le circostanze proprie ed improprie entrambe volte a graduare la gravità del reato al fine di realizzare il trattamento punitivo più adeguato al fatto commesso, dall'altro, contraddittoriamente, distingueva l'area di incidenza delle prime, tradizionalmente riferita alla sfera editale della pena, rispetto a quella delle seconde, circoscritta invece all'interno di questa. Si è, tuttavia, osservato a tal proposito come «[n]on ci si avvede, così argomentando, che appunto in questa riconosciuta nota distintiva potrebbe radicarsi un'effettiva diversità di funzione tra i due istituti, solo che si attribuiscono distinte finalità,

Ciò premesso, al fine di superare il divieto di una doppia valutazione, si è ritenuto, pertanto, che nella preventiva determinazione della pena-base il giudice avrebbe dovuto prendere in considerazione tutti gli indici delineati *ex art.* 133 c.p. con esclusione di quei fattori di valore che, integrando specifiche ipotesi circostanziali, dovrebbero essere autonomamente valutati nella successiva fase di modificazione della sanzione penale così solo provvisoriamente determinata⁵⁴.

In sintesi è possibile, dunque, affermare che il meccanismo di applicazione delle circostanze ad efficacia comune si caratterizza per la peculiarità di specificare uno dei tanti elementi del fatto che andrebbe preso in considerazione ai fini della commisurazione della pena del reato c.d. semplice, isolarlo dalla valutazione di insieme che il giudice effettua ai sensi dell'art. 133 c.p., e conferirgli, infine, una particolare rilevanza commisurativa⁵⁵. La scomposizione dell'*iter* logico di commisurazione della

all'interno del fenomeno della commisurazione della pena in senso lato, ai momenti della commisurazione legale e della commisurazione giudiziale». Cfr., in tal senso, G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 71 s. Ugualmente inconsistente si è poi dimostrata l'idea di una diversità derivante dalla tipicità strutturale e dall'obbligatorietà applicativa che connoterebbero le sole circostanze proprie distinguendole nettamente dagli indici di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p. Sul punto si è, infatti, obiettato che la tradizionale contrapposizione tra l'alternativa tipicità-discrezionalità ovvero astrattezza-concretezza suscita notevoli perplessità se solo si pensi alle c.d. circostanze indefinite o in nominate presenti nel nostro sistema penale. Al medesimo giudizio critico si giunge anche dall'osservazione che non tutti gli elementi contemplati nell'articolo 133 c.p. possono ritenersi configurati di per se stessi in chiave assolutamente discrezionale. E' evidente, infatti, scorrendo il catalogo dell'articolo 133 c.p. e soffermando l'attenzione sugli elementi di stretta gravità del reato indicati nella prima parte di suddetta fattispecie, come solo le diverse «modalità dell'azione» di cui al n. 1 esprimono in senso proprio un momento di discrezionalità, dal momento che non è dato cogliere quali tipi di comportamento siano idonei ad orientare in senso aggravante o attenuante la commisurazione della pena. Viceversa, se poniamo attenzione alla «gravità del danno o del pericolo» e alla «intensità del dolo o grado della colpa», contemplati rispettivamente al n. 2 e 3 dell'art. 133, primo comma c.p., esprimono questi dei profili significativi del fatto di reato che sono già di per sé carichi di un intrinseco ed univoco indirizzo valutativo (in aumento o in diminuzione della pena). Per tali rilievi di carattere generale v. in particolare A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 598 s.; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 53 e 72 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 186 s.

⁵⁴ Cfr. in tal senso G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 111 e 124; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 603 s.; L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 187.

⁵⁵ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 124 s. L'assunto si è fra l'altro accompagnato ad una decisa rivalutazione della razionalità e della coerenza commisurativi dell'*iter* di quantificazione della pena presupposto dell'art. 63.1 c.p., i cui tratti essenziali risulterebbero, in particolare, così configurati: *a)* attraverso la sussunzione dell'elemento fattuale sotto la fattispecie circostanziale il giudice è posto in grado di rilevare in maniera sicura quella valenza aggravante o attenuante che i corrispondenti enunciati di genere dell'art. 133 non esprimono con altrettanta univocità; *b)* attraverso l'applicazione del combinato disposto degli artt. 63 comma 1, 64 e 65 n. 3 c.p., egli è "guidato" alla determinazione della pena concreta lungo un iter nel quale è garantito il "peso specifico" del fattore commisurativi oggetto di qualificazione circostanziale in senso proprio». La scissione in due fasi del procedimento di quantificazione della pena consentirebbe, quindi, di assicurare un particolare rilievo all'elemento assunto a contenuto della circostanza propria; eviterebbe un possibile effetto di "soffocamento" dei rimanenti elementi fattuali dotati di opposta valenza; mediante la proporzionalità e la elasticità della variazione di pena assicurerebbe, infine, tanto una corrispondenza al peso espresso da tutti gli altri fattori commisurativi, quanto un opportuno margine di autonomia nella valutazione dello specifico elemento circostanziale.

pena concreta nella duplice fase comporterebbe anche una valorizzazione dei residui fattori commisurativi dotati di una valenza opposta rispetto a quella espressa dalle circostanze proprie. Se, infatti, elementi circostanziali propri ed impropri concorressero insieme nell'unitaria operazione valutativa richiesta dall'art. 133 c.p. si rischierebbe una *neutralizzazione* di quest'ultimi. Le circostanze proprie - caratterizzando il valore/disvalore di fattispecie - finirebbero, infatti, per avere un'efficacia per così dire "onnivora" nei confronti delle circostanze improprie, le quali perderebbero fatalmente il loro ruolo caratterizzante del *quantum* di pena. Gli indici di commisurazione della pena in senso stretto, sottratti al confronto con l'elemento circostanziale dotato di specialità elettiva, così argomentando risulterebbero, invece, determinanti per la qualificazione in termini di gravità dell'ipotesi concreta e per l'individuazione della pena-base. La successiva variazione di pena determinata dall'operare della circostanza in senso proprio, agendo proporzionalmente sulla pena-base previamente determinata, assicurerebbe, peraltro, alle circostanze improprie una effettiva incidenza anche sull'ammontare definitivo della sanzione⁵⁶.

Sotto un altro versante ancora è doveroso osservare che il meccanismo di operatività delle circostanze ad efficacia comune rappresenterebbe una valida ed equilibrata risposta all'"instancabile" bisogno di «normativizzazione» della commisurazione della pena⁵⁷.

A ben vedere, infatti, esso porrebbe degli ulteriori vincoli alla ineliminabile discrezionalità del giudice. La tipizzazione da parte del legislatore di un valore aggra-

⁵⁶ Cfr., in particolare G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 155 e 128 ss. Tali rilievi sono sviluppati dall'A. nell'affrontare la critica mossa al nostro sistema di commisurazione della pena, considerato dall'angolo di visuale delle circostanze del reato ad efficacia comune, da parte della dottrina tedesca, la quale sottolineava una eccessiva propensione del sistema al calcolo aritmetico. Si osservava, infatti, che l'intero assetto risulterebbe essere eccessivamente formalizzato con conseguente, inevitabile, atteggiamento di ripulsione da parte degli organi giurisdizionali chiamati all'applicazione. Pur tuttavia, deve notarsi come in realtà ad una più attenta riflessione il congegno applicativo delle circostanze ad efficacia comune, disciplinato ex art. 63, 44 e 65 c.p., non pretenderebbe affatto di risolvere *integralmente* - attraverso l'imposizione al giudice di un modello aritmetico da seguire - il c.d. *nucleo irrazionale* del processo commisurativo. La disciplina codicistica non auspicerebbe, infatti, a vincolare interamente la discrezionalità dell'interprete inerente al bilanciamento dei contrapposti indici significativi e alla loro traduzione nell'ammontare della pena. Al contrario il procedimento commisurativo in senso ampio si limiterebbe a restringere dall'"esterno" l'ambito di queste operazioni logiche discrezionali, enucleandone talune componenti da destinare ad una valutazione autonoma e successiva. In questo modo si intende da un lato assicurare ad elementi fattuali di particolare consistenza una qualche capacità di orientamento, in senso tendenzialmente aggravante o attenuante, sulla misura complessiva di pena e dall'altro si evita che sia neutralizzata dal tutto l'opposta valenza dei residui fattori commisurativi, eventualità che potrebbe verificarsi se appunto gli uni e gli altri concorressero insieme nell'unitaria operazione valutativa richiesta dal modello "ordinario" ex art. 133 c.p.

⁵⁷ Il riferimento è qui al complesso apparato concettuale apprestato dalla dottrina tedesca in rapporto alla «logica» della commisurazione della pena. Questa, infatti, ha contribuito ad affinare il controllo del limite "estrinseco", attinente alla motivazione, della corrispondente manifestazione del potere discrezionale. E', tuttavia, indiscutibile che proprio per mezzo del disposto di cui all'art. 63 c.p. si sia pervenuti ad un'effettiva elaborazione di principi normativi, cui ancorare, *su di un piano giuridico-sostanziale*, l'attività di irrogazione della pena fino a risolverla in «integrale applicazione del diritto». Cfr., in tal senso, G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 143 s.

vante o attenuante risolverebbe l'ambivalenza che contrassegna ogni indice di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. Il medesimo elemento potrebbe, infatti, assumere diverso significato, aggravante od attenuante, a seconda della prospettiva da cui ci si muove. La discrezionalità propria dell'interprete inerente al bilanciamento dei contrapposti fattori significativi ed alla loro traduzione nella determinazione della pena verrebbe, quindi, vincolata dalla scelta legislativa di caratterizzare un indice di una forza semantico-giuridica tale da fargli assumere una valenza significativa "eletta". L'intervento del legislatore non farebbe, dunque, altro che anticipare la soluzione del conflitto altrimenti rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. In questo modo, da un lato si assicurerebbe ad alcuni elementi fattuali una particolare consistenza, un preciso peso specifico in senso aggravante od attenuante sulla misura complessiva di pena, e dall'altro lato si eviterebbe al contempo la totale neutralizzazione dei residui fattori commisurativi di opposta valenza, eventualità questa che potrebbe verificarsi se appunto gli uni e gli altri concorressero insieme nell'unitaria operazione valutativa *ex art. 133 c.p.*⁵⁸.

In ultima analisi si potrebbero a ben vedere mettere in evidenza due ulteriori rilievi - non sempre compiutamente oggetto di puntuale riflessione dottrinale - in ordine al meccanismo di operatività delle circostanze ad efficacia comune e ciò al fine di marcarne ulteriormente l'incidenza nel momento della commisurazione giudiziale della pena.

In primo luogo, l'integrazione di *proporzionalità* ed *elasticità* nella variazione della pena-base sottolineerebbe in maniera ancora più spiccata la vocazione *individualizzatrice* del complesso meccanismo di cui all'art. 63 c.p. rispetto al comune ed approssimativo *iter* commisurativo che il giudice è, invece, tenuto a seguire, ai sensi dell'art. 133 c.p., in assenza di una qualificazione circostanziale.

Più precisamente, è d'uopo osservare che la *proporzionalità* nella variazione della pena-base garantirebbe la tendenziale rispondenza della sanzione definitivamente irrogata alla valutazione complessiva di tutti gli altri elementi fattuali rimasti al rango di circostanza impropria, cosicché verrebbe salvaguardata la permanente dipendenza dell'effetto modificativo dal nucleo centrale dell'intera operazione commisurativa⁵⁹.

Ancora più evidente è il richiamo all'individualizzazione effettuato dall'*elasticità*. Questa, all'interno della proporzionalità, assicurerebbe, infatti, un margine di autonomia e di discrezionalità nella valutazione dell'elemento circostanziale proprio in relazione al suo specifico atteggiarsi in concreto⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 155; L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 188.

⁵⁹ Evidente lo stretto rapporto intercorrente tra il *quantum* di pena base ed il *quantum* di variazione proporzionale. Il variare della prima quantità finirebbe, infatti, per definire (proporzionalmente) il secondo elemento commisurativo.

⁶⁰ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 126.

Le precedenti riflessioni finiscono inevitabilmente con il rianimare la dialettica - sottesa all'intera nostra disamina - tra *fattispecie astratta e fatto concreto*. Si impone, dunque, un'importante quanto delicata riflessione sul punto.

Se da un lato, infatti, la sempre più ampia e dettagliata tipizzazione legislativa di dati circostanziali⁶¹, consistenti in *fattori, situazioni, modalità di esecuzione, condizioni* ovvero *qualità personali*, avrebbe lo scopo sia di specificare il reato semplice ed adeguarlo ai possibili modi di realizzazione del fatto storico⁶², sia di limitare il potere discrezionale del giudice vincolandolo a precisi canoni interpretativi⁶³; dall'altro lato la previsione di variazioni di pena *elastiche*, in grado di oscillare cioè all'interno di una più o meno ampia forbice quantitativa, finirebbe con l'esaltare la discrezionalità del giudice.

Attraverso il sistema delle circostanze proprie si cercherebbe, dunque, di contenere (*rectius* imbrigliare) quanto più possibile l'attività valutativo-discrezionale del giudice, per poterla così più agevolmente controllare. L'interprete risulterebbe, pertanto, vincolato ad uno schema di valutazione legale del reato predeterminato che finirebbe con il condizionare fortemente l'apprezzamento del fatto storico verificatosi *hic et nunc*, a lui solo presentatosi nella sua unitaria complessità e gravità fenomenologica. Accanto a tale ineludibile finalità espressiva di chiare istanze legalistiche, il sistema delle circostanze ad efficacia comune - quantomeno nella sua configurazione "tradizionale" - prevede, tuttavia, la regola (*ex artt. 64.1 e 65.1 n. 3 c.p.*) della *variazione proporzionale ed elastica* (fino ad un terzo) della pena-base, volta come visto ad esaltare la discrezionalità quantitativa giudiziaria. Così tracciato il sistema nella sua configurazione base ed originaria appariva calibrato su di una sorta di equilibrio dialettico fra esigenze di stampo legalitario ed istanze valutativo-discrezionali di tipo giudiziario.

Il sistema ora descritto e definito come "tradizionale", nel senso che rappresenterebbe la regola e la struttura base di fondo, è stato, tuttavia, interessato da numerosi interventi normativi che hanno alterato di volta in volta con spinte e contropunte il suddetto equilibrio. Tali «momenti patologici» di immutazione della struttura base di equilibrio hanno portato, tuttavia, ad inclinare la bilancia del sistema delle circostanze in un primo momento verso l'esaltazione della discrezionalità del giudice, con contestuale preminente collocazione del ruolo delle circostanze all'interno del momento di commisurazione giudiziale.

Il riferimento è qui alle grandi riforme attuate dalla legge n. 288 del 1944 e n. 200 del 1974. Più precisamente, e per quanto qui più specificamente interessa, le suddette novelle normative hanno introdotto - come noto - da un lato (*ex art. 62 bis c.p.*)

⁶¹ Il ricorso all'utilizzo delle circostanze proprie ha visto un sensibile incremento specie negli ultimi anni. La ragione di ciò può essere anche ravvisata nella maggiore "facilità" sul piano legislativo nella loro adozione, rispetto all'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici.

⁶² In tal senso si esprime giurisprudenza e dottrina maggioritaria.

⁶³ Cfr., A. Malinverni, *Circostanze del reato*, cit., 189; A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 99; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 235.

l'istituto delle circostanze attenuanti generiche⁶⁴ e dall'altro hanno esteso l'obbligo per il giudice di effettuare il giudizio di bilanciamento (in caso di concorso eterogeneo) a tutte le circostanze comprese quelle personali e ad efficacia speciale⁶⁵. A ben vedere, tali riforme hanno fortemente inciso sul sistema delle circostanze del reato elevando il giudice – per ragioni essenzialmente «politiche» – al ruolo di protagonista indiscusso del momento commisurativo con conseguente marginalizzazione della figura del legislatore e caduta della legalità. Il tutto è stato conseguito per mezzo proprio della valorizzazione della discrezionalità (di tipo qualitativo) dell'interprete, in grado così di sostituirsi - sovvertendole - alle scelte del legislatore⁶⁶.

A partire dalla fine degli anni '70 e in un crescendo rossiniano fino ai giorni nostri si assisterebbe, invece, ad una tendenza legislativa inversa a quella precedentemente descritta. In particolare, infatti, numerosi interventi normativi hanno portato all'introduzione di circostanze a variazione frazionaria *fissa* o corredate da un meccanismo di «blindatura» così da sottrarle al giudizio di valenza *ex art. 69 c.p.*⁶⁷ E' d'uopo, tuttavia, osservare che tali fenomeni in realtà non sarebbero affatto volti a riportare il sistema delle circostanze all'originario equilibrio, quale contropinta alle riforme della metà degli anni '40 e '70, ma creerebbero essi stessi un ulteriore patologico disequilibrio coesistente con il precedente. Più precisamente, infatti, così normando il legislatore accentuerebbe la dimensione legalistica del sistema delle circostanze, interferendo (talvolta addirittura appropriandosene) nel momento commisurativo, con conseguente esaltazione della funzione di determinazione legale della pena.

Così descritto il sistema nel suo complesso assumerebbe, dunque, una vitalità e dinamicità tutta peculiare fatta di *pesi e contrappesi*, alla ricerca di un costante equilibrio spesso alterato in favore di uno dei due piatti della bilancia.

Un'ultima considerazione, peraltro strettamente connessa ai rilievi sopra svolti, tuttavia, si impone.

Nel sottolineare come il meccanismo di operatività delle circostanze ad efficacia comune rilevi nel momento della commisurazione giudiziale deve constatarsi, infatti, che un aspetto rilevante della loro effettiva operatività sulla misura della pena è dato dai non pochi momenti di discrezionalità che le caratterizzano. Discrezionale è di regola, come evidenziato, la modificazione indotta dalle circostanze ad efficacia comune sulla pena-base entro i limiti dell'unità di misura della specie di pena e della frazione prestabilita dalla legge (artt. 64.1 e 65.1 n. 3 c.p.). Discrezionale è la struttura del giudizio di prevalenza o equivalenza disciplinato dall'art. 69 c.p.; uguale natura discrezionale riveste, infine, l'importante settore delle circostanze innominate o indefinite.

⁶⁴ Espulse dal codice Rocco del 1930, ancorché contenute nel codice Zanardelli.

⁶⁵ Previamente, invece, estromesse.

⁶⁶ Basti porre mente all'effetto *tamquam non essent* prodotto dall'esito del bilanciamento delle circostanze *ex art. 69 c.p.*

⁶⁷ Più precisamente, alla possibilità di essere dichiarate – nella valutazione complessiva con le altre circostanze di segno opposto – equivalenti o soccombenti.

Orbene, se è vero che il potere discrezionale attribuito al giudice costituirebbe lo strumento elettivo della individualizzazione della sanzione penale⁶⁸, il riscontro di tali sue molteplici manifestazioni in tema di circostanze starebbe ad indicare la funzione dell'istituto nella concretizzazione della pena⁶⁹.

E' d'uopo, tuttavia, osservare come nell'ambito di un pur ampio nucleo di discrezionalità il complesso procedimento descritto dall'art. 63 c.p., porrebbe in realtà precisi vincoli al giudice. Da una parte, infatti, il meccanicismo operativo e dall'altra lo stringente obbligo motivazionale finirebbero per contenere entro una rete di sicurezza predata la discrezionalità giudiziaria.

Il meccanismo delineato e le osservazioni tratte valgono anche per quella categoria di circostanze ad *effetto speciale* che, seppur rientranti per scelta legislativa nelle regole applicative previste per le circostanze ad efficacia speciale, comportano un aumento frazionario sulla pena-base superiore ad un terzo. Tali circostanze, pur rientrando nella disciplina dell'art. 63.3 c.p. così come riformato dalla discussa legge n. 400 del 1984, svolgerebbero, infatti, una funzione di individualizzazione della pena. Possiedono, infatti, i requisiti dell'elasticità nella modificazione indotta e della variazione frazionaria della pena-base, presupposti del procedimento di commisurazione giudiziale che contraddistinguono le circostanze ad efficacia comune⁷⁰.

⁶⁸ E' da tener presente, tuttavia, come la dottrina escluda l'esistenza di una correlazione stretta ed esclusiva tra discrezionalità e commisurazione giudiziale della pena, denunciando in particolare l'erroneità della tendenza a svalutare la distinta ed autonoma *ratio* sottesa ai vari istituti costruiti in chiave discrezionale: cfr. F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 26 s. e 32 s.; A. R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 63 s.; A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 183 s.

⁶⁹ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 10 s.

⁷⁰ La categoria delle circostanze ad efficacia speciale, così definita dalla dottrina già prima della riforma dell'art. 63.3 c.p. attuata dall'art. 5 legge 31 luglio 1984, n. 400, si riteneva facesse riferimento: alle circostanze c.d. *autonome* (esse implicano una pena di specie diversa da quella prevista per il reato base: ad es. reato semplice punito con la multa; reato circostanziato punito con la reclusione); alle circostanze c.d. *indipendenti* (la cui misura della pena è determinata in maniera indipendente dalla pena del reato semplice e cioè senza aumenti o diminuzioni frazionari della pena ordinaria). Sia nel caso di circostanze autonome che indipendenti, la versione precedente dell'art. 63.3 c.p. statuiva che: «Quando, per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa, o ne determina la misura in modo indipendente dalla ordinaria del reato, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non si opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta». Era, tuttavia, in dottrina dibattuto se in tale disciplina dovessero rientrare anche quelle circostanze che importassero una variazione elastica frazionaria superiore al limite ordinario di un terzo (es.: aumento o diminuzione fino alla metà), o una variazione frazionaria fissa (es.: aumento o diminuzione della metà). Alcuni autori, infatti, muovendo appunto dalla diversità di tali variazioni da quelle consuete di cui agli artt. 64 e 65 c.p., le qualificavano «ad effetti speciali», escludendole così (prima della riforma del '74) dal giudizio di comparazione e dal regime applicabile in caso di concorso omogeneo, del secondo comma dell'art. 63 c.p. Altri autori, invece, essendo anche in questi casi la pena pur sempre aumentata o diminuita entro limiti frazionari determinati le consideravano ad efficacia comune, includendole pertanto, in caso di concorso eterogeneo nel giudizio di valenza ex art. 69 c.p. e nella disciplina di cui all'art. 63.2 c.p. Secondo quest'ultima impostazione sicuramente maggioritaria e più corretta, le basi iniziali di tale distinzione dovevano essere ricercate solo nel carattere «autentico» o meno, dei criteri di variazione di pena di volta in volta adottati: vale a dire, distinguendo a seconda che quest'ultima fosse, o meno, predeterminata in base a parametri quantitativamente dipendenti dalla pena del reato base. Con la modifica del 1984, il terzo comma dell'art. 63 c.p. fu corretto

In conclusione, dunque, il reato circostanziato ad efficacia comune o ad effetto speciale promuove realmente rispetto al reato semplice una «migliore individualizzazione» della pena, nel senso che introduce un più razionale processo di enucleazione, in sede giudiziale, dell'ammontare adeguato al caso di specie. Ciò si verifica in quanto, da un lato, il criterio «fattuale» di commisurazione, che già in linea generale ed astratta può prevedersi idoneo ad orientare in senso aggravante o attenuante la misura concreta della pena, viene dotato, mediante la qualificazione circostanziale, di un meccanismo di operatività che salvaguardia lo specifico rilievo senza sacrificare quello degli altri elementi di opposta significatività⁷¹; e, dall'altro, poiché al medesimo fattore viene attribuita un'incidenza graduata, che consente al giudice di coglierne, per tradurle in conseguenti distinte entità concrete di pena, le più varie sfumature di valore o disvalore⁷².

4.1 La disciplina delle circostanze ad efficacia speciale e la prevalente funzione di determinazione legale della fattispecie penale

La prospettiva interpretativa appena ricostruita e delineata nelle sue caratteristiche essenziali considererebbe, dunque, le circostanze ad efficacia comune dei veri e propri strumenti di adeguamento della pena al caso concreto, assumendo così una preminente funzione di commisurazione giudiziale piuttosto che di valutazione legale della pena e della fattispecie. La presenza di circostanze di questo tipo darebbe, infatti, impulso ad un peculiare e complesso sistema commisurativo da parte del giudi-

nel seguente modo: «Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o si tratta di circostanza ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta. Sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo». L'espressa definizione delle circostanze ad effetto speciale sopra contenuta ha dato, tuttavia, origine al dubbio in ordine alla collocazione sistematica delle circostanze *indipendenti* (non più menzionate nella norma), con notevoli conseguenze principalmente in punto di disciplina concorsuale. Parte della dottrina ritiene che le circostanze indipendenti continuino ad essere inserite nella disciplina delle circostanze ad effetto speciale, a condizione che comportino, in base ad un "ideale" calcolo frazionario, un aumento o una diminuzione superiore ad un terzo. Cfr., fra tutti, F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, cit., 256 s.; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., 700 ss. Altra parte della dottrina (si veda fra tutti, G. de Vero, *Le circostanze*, cit., 49 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit.), affermando che il legislatore del 1984 non abbia potuto avere l'intento di stravolgere il precedente regime delle circostanze, ritiene che tutte le circostanze indipendenti, determinino o non un aumento di pena superiore ad un terzo, continuino, seppur implicitamente, ad essere disciplinate dallo speciale regime previsto dall'art. 63.3 c.p. Secondo tale indirizzo, la vera innovazione inserita con la modifica legislativa del 1984 sarebbe quella di aver risolto il dubbio se nella categoria delle circostanze ad effetto speciale rientrino anche quelle che provocano una variazione frazionaria della pena-base superiore ad un terzo.

⁷¹ Ciò consegue, come precedentemente osservato, per la scissione dell'operazione commisurativa, già unitaria per il reato semplice, nei distinti e successivi momenti della determinazione della pena base e della variazione proporzionale.

⁷² Cfr. in tal senso G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 129.

ce, precisamente regolato nei suoi momenti, favorendo una più puntuale individuazione della responsabilità penale⁷³.

Se le circostanze ad efficacia comune si presenterebbero, dunque, come veri e propri criteri normativi di commisurazione giudiziale della sanzione penale, le circostanze ad efficacia speciale (autonome o indipendenti) importerebbero, viceversa, un'autentica modificazione della cornice edittale, in funzione di una diversa valutazione del legislatore sulla gravità della fattispecie base⁷⁴. Le *circostanze autonome* prevedono, infatti, una pena di specie diversa e quelle *indipendenti* una pena della stessa specie ma con limiti edittali propri, cioè determinata in misura non conseguente alla pena ordinaria del reato. Evidente la loro operatività sul piano della fattispecie tipica e, quindi, la diretta incidenza sulla complessiva gravità del fatto nell'ottica della determinazione legale della fattispecie.

Più precisamente, va osservato che mentre per le circostanze ad effetto proporzionale o frazionario il giudice prende le mosse dall'originaria cornice edittale, le circostanze autonome o indipendenti prospetterebbero un diverso quadro edittale e, quindi, andrebbero a delineare una nuova valutazione da parte del legislatore dell'entità astratta del fatto⁷⁵, con la conseguenza che tali elementi resterebbero definitivamente sottratti alla dimensione della commisurazione giudiziale. Quest'ultime, è d'uopo ribadirlo, sarebbero, pertanto, da considerare cause modificative della pena edittale: non è possibile attribuire loro, infatti, una funzione individualizzatrice della pena⁷⁶.

Da quanto osservato discende che nell'applicazione di una circostanza ad efficacia speciale vi sarebbe un'unica fase di giudizio, alla quale corrisponde un solo momento di discrezionalità perfettamente coincidente con quello del reato non circostanziato. Il giudice potrà, quindi, procedere sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. come se si trattasse di un'autonoma figura di reato⁷⁷.

Tali considerazioni conducono, peraltro, a sottolineare l'estrema contiguità (logico-strutturale seppur non di disciplina) delle circostanze ad efficacia speciale alle singole figure di reato costituendo, infatti, le prime autonome valutazioni legali di gravità della fattispecie base.

Circostanze ad efficacia comune e circostanze ad efficacia speciale, rappresenterebbero, pertanto, due diverse prospettive d'intervento sulla misura della pena, che sono espressione di una distinta valutazione, in sede politico-legislativa,

⁷³ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 129.

⁷⁴ F. Basile, *Commento all'art. 59 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, II ed, Milano, 2011, 1036 s.; L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 190.

⁷⁵ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 157; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 209; F. Basile, *Commento all'art. 59 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, *Codice penale commentato*, II ed, Milano, 2011, 1037.

⁷⁶ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 169; L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 190.

⁷⁷ Cfr., G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2010, 341 ss.; C. Fiore, *Diritto penale parte generale*, vol. II, Torino, 1995, 24; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 209; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, art. 59 c.p., Milano, 2011, 630 ss.

dell'incidenza modificativa da attribuire all'elemento in senso lato circostanziale rispetto al trattamento sanzionatorio già previsto per l'ipotesi base.

Scegliere il meccanismo dell'efficacia comune significherebbe, infatti, limitarsi a potenziare la consistenza di quello che altrimenti sarebbe un generico criterio commisurativo (*ex art. 133 c.p.*), assicurandogli adeguato rilievo nella determinazione della sanzione concreta, fino al punto da consentirsi in anticipo l'eventuale superamento del limite edittale.

Configurare un certo fattore come circostanza autonoma o indipendente equivarrebbe, invece, a costruire una distinta fattispecie criminosa, con la conseguenza che l'elemento considerato verrebbe ad anticipare la sua incidenza sul piano della determinazione legale della fattispecie e resterebbe, quindi, definitivamente sottratto alla dimensione della commisurazione giudiziale.

5. La coesistenza tra *funzione teoretica e reale delle circostanze*

L'articolata impostazione dottrinale appena ripercorsa ed analizzata è parso opportuno collocarla nel novero delle c.d. *teorie polifunzionali* e ciò poiché, seppur sviluppata attorno all'idea di distinguere tra funzione propria delle circostanze ad efficacia comune e funzione propria delle circostanze ad efficacia speciale, non apparirebbe corretto sostenere che in maniera del tutto rigida riconosca nell'una l'individualizzazione della pena e nell'altra la determinazione legale della misura della pena. Il suddetto parallelismo sarebbe, infatti, enunciato e ravvisato in termini di «tendenziale preminenza». Più propriamente si potrebbe, dunque, affermare che la ricostruzione sistematica elaborata rileverebbe dati essenziali di fondo così come questi emergono sia dalla disciplina codicistica che dall'applicazione pratica delle circostanze. Proprio per questo si lascerebbe aperta la possibilità alla coesistenza funzionale anche in relazione alle singole tipologie classificatorie.

L'impostazione teorica *de qua* non finirebbe, tuttavia, con lo sviluppare – essendo principalmente tesa al riconoscimento in capo alle circostanze ad efficacia comune (anche) una funzione di commisurazione giudiziale – adeguatamente e diffusamente quelle che sono le articolazioni, le caratteristiche e le relazioni intercorrenti tra le coesistenti funzioni.

Una conclusiva riflessione s'impone, dunque, sulla tematica in esame.

Proprio alla luce delle diverse impostazioni dogmatiche ripercorse ed ai profili da queste messe in evidenza, un'attenta osservazione dell'istituto delle circostanze del reato nelle sue diverse articolazioni classificatorie e di disciplina renderebbe inequivocabilmente manifesta l'anima *polifunzionale* tanto da rappresentare un dato ineludibile e caratterizzante l'istituto. Le circostanze – attesa la loro efficacia ultraeditale – operano, almeno in linea di principio sul piano della valutazione legale della pena, contribuendo ad una più esatta descrizione giuridica del disvalore del fatto. Il reato circostanziato ha, tuttavia, la funzione di individualizzare, oltre che l'illecito, anche la responsabilità penale, esprimendo un adeguamento della pena al disvalore del caso singolo.

Più precisamente, occorre distinguere, mutuando l'impostazione terminologica di un'autorevole dottrina⁷⁸, tra *funzione teoretica* e *funzione pratica* delle circostanze del reato.

Nel sistema vigente, la *funzione teoretica* delle circostanze attiene propriamente alla determinazione legale della pena, non alla commisurazione giudiziale in senso stretto. Le circostanze del reato, infatti, nell'impostazione originaria del codice Rocco con la loro accurata tipizzazione (si ricordi l'originaria esclusione delle circostanze generiche) servivano ad una migliore descrizione legale dell'illecito penale⁷⁹ o a una migliore indicazione legale del disvalore complessivo del fatto e al conseguente ampliamento della cornice edittale dell'illecito stesso, non già all'individualizzazione da parte del giudice della concreta misura della pena tra il minimo e il massimo. A tutte le circostanze, infatti, anche a quelle che importano una variazione di pena dipendente dalla pena del reato-base, il sistema attuale riconosce, dunque, una efficacia di extraeditività.

E' opportuno, peraltro, osservare che l'adeguamento della risposta sanzionatoria alla gravità del reato non è affidato al *puro* potere discrezionale del giudice (mediante una determinazione della pena che sia priva di punti di riferimento definiti). L'interprete risulta bensì incanalato, guidato dalla previsione legislativa di quegli specifici elementi – e non altri – valutati dal legislatore come incidenti sulla gravità del reato che prevedono, altresì, la variazione di pena da operare sulla pena prevista per il reato base (non circostanziato).

L'istituto delle circostanze verrebbe, dunque, a rappresentare la *longa manus* del legislatore nel momento di determinazione giudiziale della pena con una maggiore o minore incisività a seconda della concreta classificazione strutturale e disciplina della stessa circostanza.

Pur tuttavia, ancora una volta non può dirsi completa l'indagine sulla funzione dell'istituto delle circostanze la quale non andrebbe colta sul solo piano *teoretico*, ma anche su quello *pratico*. Di fatto, le circostanze svolgono anche un'importante funzione pratica in senso commisurativo divenendo strumenti di adeguamento della pena alle peculiarità del caso concreto. Quale strumento di adeguamento della risposta sanzionatoria alla gravità del reato, cioè al reale disvalore del fatto concreto, nelle mani del giudice solo raramente finiscono, infatti, per eteroguidarlo. L'ampia discrezionalità di quest'ultimo da cogliersi principalmente sia per il giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.* sia – quanto alle circostanze con aumento o diminuzioni *elastici* dipendenti dalla pena-base – per la *concreta misura della variazione*, consentono al giudice di ricercare la giustizia del caso concreto permanendo (ciò che è relativamente consueto in presenza di un'aggravante, fissando provvisoriamente la pena del

⁷⁸ Cfr. M. Romano, *Commentario*, cit., 632.

⁷⁹ Si tratterebbe cioè di una determinazione di una nuova fattispecie (c.d. reato circostanziato) attraverso un meccanismo di aggiunta-specializzazione rispetto alla fattispecie base. In altre parole le circostanze combinandosi alla norme incriminatrice base alla quale accedono aggiungerebbero determinatezza alla stessa andando ad individuare una nuova figura di reato. Più diffusamente v. *retro* paragrafo n. 1 del presente capitolo.

reato semplice ai margini inferiori) all'interno della originaria (*id est* quella del reato base) cornice edittale.

In conclusione è possibile, dunque, notare come le circostanze siano strutturalmente vocate alla realizzazione di un *equilibrio* tra *legalità/discrezionalità giudiziale* per quanto attiene l'adeguamento della pena alla gravità del reato nelle sue forme di manifestazioni ulteriori alla fattispecie base. In questo loro sforzo di contenere il potere discrezionale del giudice risiede in definitiva la "cifra" delle circostanze in senso proprio che le differenzia dalle c.d. circostanze improprie. L'idea di discrezionalità non è, tuttavia, avulsa dall'istituto. E', infatti, questa ben radicata nella variazione *elastica*; nella nuova cornice rideterminata (in maniera indipendente o autonoma) all'interno della quale opereranno i soli indici di commisurazione *ex art. 133 c.p.*; nelle circostanze attenuanti generiche; nel giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee.

Le circostanze del reato realizzano, dunque, nel nostro ordinamento penale il punto d'incontro tra le esigenze imposte dal principio di legalità che richiede la predeterminazione legislativa non solo delle norme incriminatrici, ma anche dei criteri di commisurazione delle pene, e la contrapposta esigenza di conservare alla discrezionalità, ma non all'arbitrio, del giudice ulteriori margini di adattamento della sanzione alle peculiari caratteristiche di più o meno accentuato disvalore del fatto umano oggetto del giudizio. Il legislatore onde attribuire al giudice strumenti d'individualizzazione della pena da un lato idonei a plasmarsi sulle particolarità del fatto, incidendo anche al di fuori dei limiti edittali, ma, dall'altro, comunque, legislativamente predeterminati conformemente al principio di legalità della pena, ha tipizzato espressamente, sia nella parte generale del codice penale che nella parte speciale e nella legislazione extravagante, una serie di situazioni, alcune attinenti al reato, altre alla persona del reo, che non integrano autonomamente una responsabilità penale, ma la presuppongono, limitandosi ad incidere quantitativamente o, talora, financo qualitativamente, sulla cornice edittale propria del reato commesso. La funzione degli elementi circostanziali, dunque, è quella di accostarsi – in presenza di situazioni individuate dal legislatore – a una fattispecie di reato già perfetta nella sua struttura, dando vita alla costituzione di una nuova fattispecie c.d. circostanziata, cui si ricollega una modificazione degli effetti sanzionatori al fine di un maggior adeguamento della pena alle particolari note caratteristiche presentate, ulteriormente ai profili strettamente integrativi degli elementi essenziali, da quel fatto di reato e da quel soggetto agente.

6. Riflessioni conclusive in punto di funzione delle circostanze del reato. La dialettica compositiva fra determinazione legale e/o giudiziale della fattispecie e commisurazione legale e/o giudiziale della pena

La disamina della funzione ricoperta dalle circostanze del reato non può, tuttavia, dirsi conclusa e ciò poiché sebbene le teoretiche fin qui ripercorse abbiano avuto l'indubbio merito di chiarire e porre le basi della problematica in chiave polifunzio-

nale, queste finiscono con il peccare per eccessiva “rigidità” e pretesa “classificatorio-generalizzante”. Le impostazioni ripercorse, infatti, focalizzano la propria attenzione essenzialmente sulla contrapposizione fra circostanze ad efficacia comune e circostanze ad efficacia speciale e fra piano teoretico (sarebbe forse meglio dire *astratto-tipologico*) e reale-applicativo (sarebbe forse meglio dire *concreto-commisurativo*).

Ebbene, una lettura polifunzionale che veramente aspiri a valorizzare al contempo le plurime funzionalità nelle loro reciproche interrelazioni impone l’assunzione di un approccio investigativo più articolato e di tipo *differenziato*, che passi attraverso la puntuale analisi della disciplina delle circostanze del reato.

Ciò considerato, risulta evidente come i termini della questione appaiano in realtà più complessi rispetto a come sono stati tradizionalmente rappresentati. Più precisamente, i diversi istituti e le differenti tipologie classificatorie di circostanze sono - ad una attenta analisi che muove dalla disciplina - riconducibili all’interno di quattro modelli funzionali. Occorre fin da subito precisare come fra i suddetti modelli non vi sia una differenziazione e contrapposizione in termini di incompatibilità. Un singolo istituto o una determinata disciplina può, infatti, al contempo rispondere alla funzionalità sottesa a più e differenti modelli. Il combinarsi in capo ad un singolo istituto di diversi modelli fa, pertanto, sì che questo assolve ad eterogenee funzionalità.

Procedendo alla disamina della questione in punto di funzione delle circostanze del reato appena posta, occorre richiamare i - già precisati - concetti di «determinazione della fattispecie» e «commisurazione della pena», nei cui rispettivi alvei è, peraltro, ulteriormente necessario distinguere fra “caratterizzazione legalitaria” e “caratterizzazione giudiziaria” a seconda che il soggetto preposto a svolgere le operazioni di determinazione e/o commisurazione sia rispettivamente il legislatore o il giudice.

Sinteticamente e rinviando al capitolo primo per una più diffusa analisi della tematica, con la locuzione linguistica «determinazione della fattispecie penale» si deve intendere quell’attività/operazione di tipo astratto-tipologico per mezzo della quale il singolo istituto giuridico viene definito nel precetto e/o nella sanzione. «Determinare» la fattispecie significa, dunque, caratterizzarla sul piano strutturale/sanzionatorio e nei propri connotati disvaloriali. Le operazioni che possono venire in rilievo sono a ben vedere tutte quelle che pongono mano al precetto primario (potendo interessare sia gli elementi essenziali di fattispecie che quelli accessori), ovvero che ineriscono ridefinendola la forbice editale o la *species* di pena. Ebbene, le operazioni di determinazione della fattispecie - ove si ponga mente all’istituto delle circostanze del reato - possono avvenire ad opera *sia* del legislatore (come apparirebbe “naturale”) *sia* del giudice. A tutta evidenza, nella prima ipotesi saremo in presenza di una funzionalità di «determinazione legale»; nella seconda, viceversa, di «determinazione giudiziale». Quanto alla «determinazione *giudiziale* della fattispecie» è d’uopo osservare come vi siano degli istituti che conferiscono una facoltà “rimodulativa” direttamente all’organo giurisdizionale. Questo viene così investito di un potere *para*-legislativo che sotto il profilo della discrezionalità indicheremo con l’espressione «discrezionalità *qualitativa*», nel senso che non esplica i propri effetti sul solo piano numerico-quantitativo ma incarna propriamente una valutazione so-

stanziale in ordine all'*an* dell'elemento. In tal senso, dunque, *para*-legislativo, poiché è in grado di portare a completamento o mettere in discussione la stessa scelta del legislatore.

Accanto al modello funzionale di determinazione legale e/o giudiziale della fattispecie vi sono poi istituti e specifiche discipline che, operando sul piano concreto-applicativo, assolvono ad una funzione di tipo commisurativo della pena. Anche in questo caso occorre distinguere a seconda del soggetto chiamato a svolgere tale operazione di graduazione della pena. Ove sia, infatti, il giudice (come appare "naturale") si parlerà di «commisurazione giudiziale della pena». Questi per mezzo dell'elemento circostanziante individua il trattamento sanzionatorio appropriato al concreto disvalore del fatto di reato *hic et nunc* posto in essere. D'altro canto vi sono poi anche istituti e modelli disciplinari che esaltano il ruolo commisurativo del legislatore. In questo caso saremo in presenza di una funzionalità di tipo commisurativo-legale della pena. Il legislatore in tali ipotesi e per mezzo di previsioni presuntive⁸⁰ estende i propri poteri fin nel più intimo delle operazioni dosimetriche giudiziarie conformando l'attività del giudice ridotto a mero strumento nelle proprie mani.

In conclusione, dunque, uno studio polifunzionale delle circostanze del reato non può che muovere dall'analisi delle singole e diverse discipline nelle loro reciproche interrelazioni e non può che approdare alla seguente conclusione: le circostanze proprie sono un istituto che si caratterizza per la compresenza di differenti funzionalità riconducibili a quattro grandi modelli i quali possono coabitare all'interno del singolo istituto in una ottica dialettico-compositiva.

7. La funzione "parcellizzata". Verso un approccio polifunzionale di tipo differenziato

Proprio sulla scia delle riflessioni sviluppate nel paragrafo precedente si impone una sintetica quanto opportuna ulteriore precisazione.

Stante la polifunzionalità dell'istituto e i quattro diversi grandi modelli funzionali individuati, è necessario abbandonare qualsiasi approccio investigativo di tipo "parziale" e che tenda alla "generalizzazione" dei risultati. Sussistendo contestualmente, infatti, più e diverse funzioni un'indagine settoriale incentrata come tale su di un singolo istituto o aspetto della disciplina in tema di circostanze proprie, rischierebbe di giungere a conclusioni del tutto parziali ed errate specie se si pretende di elevare le riflessioni elaborate a stigma dell'intera materia. Concentrarsi su di un singolo aspetto della disciplina ed approfondirlo è operazione che assume una dignità in senso scientifico solo se non si dimentica la relatività dello studio condotto e la necessità di vagliare i risultati ottenuti alla luce del sistema in cui si colloca il nodo

⁸⁰ Nel senso che l'istituto che assolve ad una funzionalità commisurativo-legale introduce necessariamente una presunzione assoluta di valore/disvalore numericamente tradotta. E' il legislatore, pertanto, in via generale ed astratta a ricondurre al singolo elemento circostanziante un peso di incisione sulla pena non discutibile da parte del giudice.

problematico esaminato, con particolare riguardo proprio alla funzione che questo assolve.

Potendo, poi, coesistere in seno al singolo istituto o disciplina una polifunzionalità, il punto veramente cruciale diviene sviluppare uno studio ed un'indagine che non trascuri il rapporto anche tensivo che si viene a creare all'interno del sistema e come questo si relazioni con le differenti discipline e modelli funzionali.

Solo così, dunque, attraverso un approccio investigativo di tipo "parcellizzato" e "differenziato", avente cioè ad oggetto i diversi e peculiari istituti e discipline - si badi bene - nel loro attento apprezzamento interrelazionale, si può riconoscere e dare fisionomia a quel multiforme e variegato volto che le circostanze del reato oggi presentano.

Ciò precisato quale idea e proposito di fondo al nostro lavoro, i prossimi paragrafi porteranno la lente di ingrandimento su singoli istituti in tema di circostanze del reato o tipologie classificatorie in punto di disciplina tradizionalmente elaborate e riconosciute dalla dottrina e giurisprudenza e ciò con il preciso fine di verificare quali le funzionalità (avendo riguardo alla modellistica delineata) assolute e quale - ove presente - la relazione interna tensiva.

Procederemo così alla disamina: delle circostanze a variazione di pena *proporzionale* e di quelle c.d. *indipendenti* od *autonome*; delle circostanze *facoltative*; delle circostanze *obbligatorie* e *discrezionali*; delle circostanze *indefinite*; del *concorso omogeneo* di circostanze; del *concorso eterogeneo* di circostanze.

7.1 Circostanze con variazione di pena proporzionale e circostanze con variazione di pena autonoma o indipendente

Occorre innanzitutto ancora una volta prendere le mosse dalla distinzione fra circostanze a variazione di pena proporzionale e circostanze a variazione di pena indipendente ed autonoma. La suddetta disamina che - come visto - aveva animato agli inizi degli anni '80 del secolo XX la discussione sul piano funzionale⁸¹ ha avuto, infatti, il merito di svolgere il ruolo di propulsore dell'intera riflessione e progresso scientifico.

Date le diffuse argomentazioni sul punto già sviluppate nel capitolo e nei paragrafi precedenti⁸² si rendono ora necessarie solo alcune sintetiche precisazioni tutte incentrate su profili strettamente disciplinari della materia.

A) Il punto di partenza e su cui si incardina l'intera elaborazione dogmatica consiste nell'osservazione che è proprio il meccanismo di operatività positivizzato dall'art. 63.1 c.p. a caratterizzare la tipologia classificatoria delle circostanze a varia-

⁸¹ Distaccandosi da quegli studi unisetoriali incardinati sull'analisi dei soli profili problematici di tipo strutturale.

⁸² Il richiamo deve in particolare intendersi ai paragrafi 2 e 2.1 del capitolo primo.

zione di pena proporzionale in termini funzionali *commisurativo-giudiziali*. Note le argomentazioni a sostegno di quanto appena affermato⁸³.

La suddetta statuizione non appare, tuttavia, del tutto corretta dal momento che coglie solo un aspetto (che possiamo definire “base”) proprio delle circostanze ad efficacia comune e ad effetto speciale, ma si ferma qui senza portare a termine la riflessione e l’indagine in ordine alla disciplina degli elementi *de quibus*.

Innanzitutto vero è che la disciplina accordata dall’art. 63.1 c.p. «[...] l’aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di essa, che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire» impone al giudice di seguire un meccanismo misurativo di tipo bifasico. Più precisamente, le operazioni di graduazione della pena conseguenti all’integrazione dell’elemento circostanziale si innestano nel cuore delle operazioni di commisurazione e cioè proprio sulla pena-base. Vi è, pertanto, una innegabile stretta correlazione (di tipo commisurativo) fra le due fasi: la prima (*id est* la commisurazione in senso stretto) è finalizzata a considerare e valutare i soli elementi circostanziali *impropri* e, conseguentemente, a stabilire l’ammontare della pena-base; la seconda è volta, invece, all’apprezzamento dei soli elementi circostanziali *propri*⁸⁴ e, conseguentemente, fissare la pena finale da irrogare al reo. Fra le due diverse fasi vi è, pertanto, una comune logica commisurativa e una stretta interdipendenza funzionale.

Accanto a questo primo rilievo di carattere “logico-disciplinare”⁸⁵ si rende, poi, necessario sviluppare la riflessione attorno al dato della “proporzionalità”, essendo quest’ultimo particolarmente significativo nella ricostruzione funzionale dell’istituto. Come osservato, infatti, la proporzionalità nella variazione della pena-base garantirebbe la tendenziale rispondenza della sanzione definitivamente irrogata alla valutazione complessiva di tutti gli altri elementi fattuali rimasti al rango di circostanza impropria, cosicché verrebbe salvaguardata la permanente dipendenza dell’effetto modificativo al nodo centrale dell’intera operazione commisurativa⁸⁶. La suddetta riflessione merita, tuttavia, di essere ulteriormente sviluppata ed approfondita al fine di comprenderne nitidamente la reale portata. Attraverso il meccanismo della variazione proporzionale si crea, infatti, un legame inscindibile e sinergico fra il *quantum* di pena-base ed il *quantum* di variazione proporzionale. Il variare della prima quantità finisce, infatti, per definire (proporzionalmente) l’esito del secondo momento commisurativo. Appare evidente come il secondo termine sia così posto in funzione del primo, avviluppato da un cordone ombelicale inscindibile che non è apprezzabile solo (e tanto) sotto il profilo numerico-quantitativo, ma anche (e soprattutto) sul piano logico-valoriale. Il secondo termine che darà luogo alla pena finale è, infatti, emersione di un sottotipo, sviluppo logico del reato base nel cui alveo disvaloriale

⁸³ Tutte dettagliatamente sviluppate e ripercorse nel paragrafo 4 del presente capitolo.

⁸⁴ Come tali eletti e sottratti dal novero onnicomprensivo di cui all’art. 133 c.p. attraverso al espressa tipizzazione legislativa.

⁸⁵ Nel senso che dalla struttura disciplinare di cui all’art. 63.1 c.p. evince il carattere commisurativo-giudiziale delle circostanze a variazione proporzionale di pena.

⁸⁶ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 126.

pur sempre si muove accentuandone talune contingenti connotazioni. La variazione proporzionale indica, pertanto, uno sviluppo valoriale/disvaloriale, a seconda si tratti di un elemento circostanziale attenuante od aggravante, del reato semplice.

Ebbene, alla luce delle riflessioni sia logico-disciplinari, sia in ordine al concetto di proporzionalità come emergenti dalla disciplina dell'art. 63.1 c.p., è possibile trarre una considerazione di tipo "base" in quanto caratterizza trasversalmente tutte le diverse articolazioni (che ci apprestiamo ad analizzare) di circostanze a variazione di pena proporzionale. Tale connotazione "di fondo" si palesa nella seguente considerazione: le circostanze a variazione di pena proporzionale realizzano tutte una funzione in termini *commisurativo-giudiziali*⁸⁷.

Quanto appena osservato non può, tuttavia, che essere il punto di partenza per lo sviluppo di riflessioni funzionali che vogliano dirsi realmente "differenziate" e "parcellizzate"⁸⁸. Non appare corretto, infatti, adagiarsi sul dato appena emerso archiviando così la problematica e ciò poiché è sempre la disciplina dell'istituto ad insegnarci che la variazione proporzionale in sé e per sé considerata non esiste, viene infatti tecnicamente sempre accompagnata dai termini o dell'*elasticità* o della *fissità*. Soffermarsi sulla sola analisi del dettato normativo di cui all'art. 63.1 c.p. significherebbe, pertanto, assumere una prospettiva parziale, la cui generalizzazione dei risultati (e cioè la connotazione funzionale in termini *commisurativo-giudiziali*) anche alla tipologia classificatoria delle circostanze ad efficacia comune e ad effetto speciale rischierebbe di non cogliere a pieno la problematicità dell'istituto e la sua connotazione polifunzionale. Si impone, pertanto, una lettura e riflessione che tenga conto delle diverse caratterizzazioni funzionali che i termini dell'*elasticità* e della *fissità* apportano alla proporzionalità. Sul piano funzionale, infatti, intercorre una marcata e non trascurabile differenza fra elementi circostanzianti a variazione proporzionale *elastica* ed elementi circostanzianti a variazione proporzionale *fissa*⁸⁹.

Ricapitolando, dunque, rispetto alle circostanze ad efficacia comune e ad effetto speciale non appare corretto concludere subito con il riconoscimento di una funzionalità *commisurativo-giudiziale* e ciò sia poiché la suddetta considerazione si basa sulla valorizzazione esclusiva di un dato (*id est* la variazione proporzionale) che la disciplina non prende mai in considerazione da solo, sia perché non permette di chiarire veramente l'apporto funzionale dell'istituto ma ci dice solo che siamo in presenza di una funzionalità *commisurativa* della pena⁹⁰. Anche se – ad onore del

⁸⁷ Questa la importantissima conclusione a cui l'elaborazione dottrinale di uno dei maggiori studiosi della tematica era giunto nella propria monografia. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit. E' d'uopo, tuttavia, salire sulle spalle dei giganti e provare a sviluppare ulteriormente le osservazioni e considerazioni da questi sviluppati, per mezzo di una analisi scientifica saldamente ancorata al dato disciplinare ed attenta alle diverse modulazioni dallo stesso create.

⁸⁸ E ciò nelle accezioni sopra rimarcate. Cfr. paragrafo 7 del presente capitolo.

⁸⁹ Sul punto si richiamano le riflessioni già sviluppate nel capitolo primo.

⁹⁰ Adagiarsi sui risultati ottenuti dall'esegesi del disposto normativo di cui all'art. 63.1 c.p. appare dunque errato sia perché non esiste *rerum natura* sia perché non permette di chiarire veramente l'apporto funzionale ricoperto dalle circostanze a variazione di pena proporzionale. Ci dice solamente che siamo in presenza di una funzionalità *commisurativa* della pena e non determinativa della fattispecie.

vero - un dato di fondo e trasversale a tutte le diverse declinazioni di disciplina delle circostanze a variazione di pena proporzionale è ravvisabile⁹¹. Nello stretto legame fra circostanza propria e operazioni commisurative in senso stretto e nell'influenza esercitata sulla variazione di pena dalla fissazione dell'ammontare della pena-base, si evince il carattere *giudiziale* dell'operazione commisurativa disciplinata ex art. 63.1 c.p. La definizione della pena-base è, infatti, il frutto di un'operazione di graduazione altamente discrezionale di tipo *qualitativo*, dal momento che è affidata nelle esclusive mani del giudice, guidato dal solo margine edittale (*ex ante*) e dall'obbligo motivazionale (*ex post*). Ebbene, lo stretto legame predisposto dall'art. 63.1 c.p. fra la commisurazione in senso stretto e quella in senso ampio e, quindi, fra la valutazione e valorizzazione degli elementi circostanziali impropri e gli elementi circostanziali propri, fa sì che l'elevato tasso di discrezionalità qualitativa del giudice proprio della prima fase della commisurazione si "riverberi", connotandola funzionalmente, anche sulla seconda fase. Non possiamo, infatti, illuderci di chiudere a comportamenti stagni le due diverse operazioni commisurative: è la stessa disciplina codicistica che ci impone di valorizzarne le influenze che le une hanno sulle altre. Pertanto, un carattere trasversale che le accomuna sul piano funzionale è indubbiamente ravvisabile e risiede nella *commisurazione giudiziale* della pena⁹².

Pur tuttavia, la riflessione non può dirsi compiuta.

Se sono, infatti, i termini dell'*elasticità* e della *fissità* a gettare luce chiarificatrice e completezza argomentativa (al di là del dato base sopra evidenziato) in ordine alla funzionalità ricoperta dalla tipologia classificatoria in esame, è d'uopo procedere alla puntuale e separata analisi delle circostanze a variazione di pena proporzionale *elastica* e delle circostanze a variazione di pena proporzionale *fissa*.

a) In primo luogo, per quanto attiene alle circostanze a variazione di pena proporzionale elastica occorre chiarire quale sia il significato che assume sul piano funzionale il termine dell'*elasticità* e come questo può essere concretamente modulato dal legislatore. La diversa struttura presentata dalla variazione elastica finisce, infatti, per incidere sul suo apporto funzionale caratterizzandolo peculiarmente.

Prima di addentrarci nell'analisi delle diverse articolazioni disciplinari che possono essere assunte dalle circostanze *de quibus*, si rendono, dunque, necessarie alcune riflessioni di carattere generale sul significato dell'*elasticità*. E' d'uopo notare che proprio per mezzo del meccanismo di variazione elastica (in aumento o in diminuzione) della pena, il giudice è chiamato ad un giudizio valutativo sulla *pregnanza* con cui si è manifestato in concreto il valore/disvalore circostanziale. L'interprete è, pertanto, vocato a *pesare* la portata valoriale o disvaloriale della circostanza propria nella sua concreta realizzazione, dando così sfogo a quell'esigenza concretizzatrice volta

⁹¹ Di qui l'importanza e la rilevanza scientifica delle teoriche ce si sono occupate della tematica, sebbene di solo quest'ultimo aspetto.

⁹² L'influenza delle operazioni commisurative in senso stretto e dell'elevato tasso di discrezionalità qualitativa ivi presente finisce inevitabilmente per riverberarsi, caratterizzandole funzionalmente, sulle circostanze a variazione di pena proporzionale o meglio sul carattere della proporzionalità di esse proprio. Queste presentano, dunque, una "base" funzionale di tipo commisurativo-gidiziale.

alla costante ricerca di consonanza fra disvalore del fatto tipico posto in essere e *quantum* di pena da irrogare al reo. Alla compressione legislativa della discrezionalità del giudice nel momento della commisurazione della pena⁹³, farebbe da sponda, dunque, l'attribuzione di un potere discrezionale *quantitativo* all'interprete, affinché possa questi orientarsi all'interno dell'intervallo elastico di variazione della pena comportato dall'applicazione della circostanza in senso proprio. In altre parole, l'elasticità della variazione proporzionale della pena esalterebbe la discrezionalità commisurativa del giudice permettendogli di cogliere le più varie sfumature di valore e disvalore presenti nel fattore circostanziale come questo si è estrinsecato nella realtà concreta. Più precisamente, all'elasticità è connaturata una discrezionalità *quantitativo-valoriale*. Il giudice, chiamato a dare congruo rilievo all'elemento circostanziale tipizzato, ne gradua l'incidenza sul *quantum* di pena da irrogare a seconda del concreto impatto valoriale/disvaloriale dallo stesso presentato. Tale ricerca dell'effettivo disvalore del caso concreto a cui deve corrispondere la relativa incidenza sanzionatoria è attribuito, dunque, alla discrezionalità *quantitativa* giudiziaria. Compito del giudice diviene, pertanto, quello di cogliere tramite il suo potere connotativo il significato peculiare dei fattori emergenti nel caso concreto. Quest'attività non è certo di creazione, ma neppure di mera riproduzione visto che il giudice è chiamato non già ad eseguire meccanicamente, o tramite un semplice sillogismo, una rigida corrispondenza fra legge e caso concreto, bensì a realizzare anche un'opera di fine mediazione, fra la realtà del caso vitale e i fini superiori dell'ordinamento, basata su di un "personale" e responsabile giudizio valutativo⁹⁴.

⁹³ Questo – come noto - il "tradizionale" effetto riconosciuto alle circostanze proprie, che relegherebbe la discrezionalità alle sole operazioni di commisurazione infraeditale, peraltro, prive dell'elemento circostanziale eletto.

⁹⁴ Sulla scia di tali considerazioni vedi fra tutti A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza fra tra le circostanze*, cit., 198. Il giudice appare poi essere vincolato dalla stessa cornice editale idealmente ricostruita dalla variazione proporzionale ed elastica, che risulta un limite esterno alla discrezionalità del giudice, oltre il quale questi non può né deve spingersi. Ebbene, in questa sede interessa rimarcare come, sempre in astratto, la nuova forbice rappresenti pur sempre una precomprensione del legislatore, il quale ha valutato l'incidenza dell'elemento nelle sue diverse possibili sfumature. Più precisamente il legislatore per mezzo della tipizzazione dell'elemento circostanziate e dell'attribuzione quale effetto di una variazione proporzionale ed elastica si è prefigurato la gamma astratta di colorazioni dell'elemento e la loro possibile incidenza valoriale. E' come se la circostanza eletta dal legislatore venisse a caratterizzarsi per tutta una serie (gamma infinita) di sottotipi diversi per valore e, quindi, con una capacità incisivo-numerica sulla pena da modularsi di volta in volta. Occorre osservare, peraltro, che quanto appena rimarcato appare ancor più evidente nelle variazioni c.d. indipendenti e non proporzionali. In queste ultime, infatti, non sempre può ravvisarsi tale piena consapevolezza, quanto un automatismo di variazione sanzionatoria desumibile dalla disciplina generale e soprattutto dagli artt. 64 e 65 c.p. Attraverso il connotato dell'elasticità il giudice contribuisce direttamente ed in prima persona, pertanto, a dosimetrare la pena al caso concreto e cioè ad individuare il concreto sottotipo integrato. Ebbene, in conclusione sul punto occorre osservare che la sottotipizzazione *de qua* è in astratto infinita, dal momento che nell'idea del legislatore appaiono chiari il solo sottotipo espressione della massima gravità/tenuità ed il solo sottotipo espressione della minima gravità/tenuità. Nell'intervallo disvaloriale mediano – quale zona grigia - sono da ricomprendervi tutte le ulteriori e possibili manifestazioni dell'elemento. La prassi giurisprudenziale dal canto suo è andata, tuttavia, gradualmente a determinare tutta una serie di situazioni che

Una prima conclusione alla luce di quanto affermato può, dunque, trarsi: il carattere dell'elasticità è foriero di una funzionalità *commisurativo-giudiziale*. Questo, infatti, esalta il ruolo del giudice nel momento commisurativo della pena, rafforzandone la discrezionalità quantitativa.

Le osservazioni di carattere generale ora sviluppate necessitano, tuttavia, di essere ulteriormente precisate alla luce ancora una volta della disciplina codicistica in materia. Una più puntuale analisi di questa fa emergere, infatti, due differenti articolazioni strutturali che il connotato dell'elasticità può di volta in volta presentare.

(1) Il primo modello strutturale che le circostanze a variazione di pena proporzionale ed elastica possono assumere fa riferimento alla disciplina "tradizionale" e prevista in via sussidiaria e generale dagli artt. 64.1 e 65.1 n. 3 c.p. «[è aumentata] [è diminuita] *fino a* un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso»⁹⁵. Si tratta, pertanto, del modello casisticamente più diffuso e che il legislatore ha posto come riferimento base caratterizzante l'istituto proprio attraverso la sopra richiamata disciplina contenuta nella parte generale del codice. Ebbene, tale possibile articolazione della disciplina della variazione di pena proporzionale elastica appare opportuno definirla con la seguente formula linguistica: «elasticità con variazione minima *unitaria*»⁹⁶. Con l'espressione *de qua*, si vuole rimarcare il fatto che il legislatore ha fissato espressamente nella norma (direttamente o per rinvio all'art. 64 e 65 c.p.) il solo termine massimo di variazione proporzionale. Quanto, infatti, al minimo - non essendovi alcuna specifica determinazione in tal senso (il legislatore si limita ad affermare, infatti, che la pena è aumentata o diminuita «fino a») - si deve ritenere essere questo *unitario*. Il giudice può cioè aumentare o diminuire la pena anche di una singola unità di misura della pena-base. Un giorno di pena detentiva od un euro di pena pecuniaria.

Ebbene, ciò precisato si impongono alcune considerazioni in ordine alla funzione ricoperta dal modello in esame anche alla luce del contesto normativo in cui si inserisce.

seppure sussumibili nell'alveo della stessa circostanza propria esprimono "tassi" differenti di valore/disvalore per così dire ormai codificati. In buona sostanza si sarebbero andate a creare delle figure giurisprudenziali di sottofattispecie che si ritengono espressione di un determinato tasso di disvalore a cui pertanto corrisponde un determinato ammontare di pena. L'operazione appena descritta risulta al contempo particolarmente utile e pericolosa. Sotto il primo profilo, infatti, l'attività giurisprudenziale ha cercato di dare vita in maniera del tutto informale (anche se spesso diversificata fra le diverse circoscrizioni giudiziarie) ad un processo di orientamento commisurativo particolarmente utile specie ove ci si trovi di fronte a cornici edittali ampie e ciò accade soprattutto in caso di concorso di circostanze. Maggiore certezza ed uniformità-uguaglianza sanzionatoria si realizzerebbe così a fronte di fatti sostanzialmente omogenei quanto a disvalore espresso. Sotto il secondo profilo, tuttavia, si rischia con tale processo di "uniformazione" di svilire l'opera discrezionale valutativa del giudice, che deve viceversa ritenersi il più svincolato possibile da maglie contenitive, al fine di dare concretezza applicativa a quell'esigenza costituzionalmente imposta di proporzione fra disvalore del fatto concreto e pena irrogata.

⁹⁵ Corsivo nostro e ciò al preciso fine di rimarcare immediatamente quello che è il cuore della disposizione su cui si incentrerà il nostro esame.

⁹⁶ La tematica è stata già in parte affrontata nel capitolo primo a cui si rinvia pertanto la lettura.

Innanzitutto occorre osservare che in questo caso ci si troverà in presenza di una commisurazione *giudiziale* della pena che appare in perfetta sintonia funzionale sia con il carattere della proporzionalità, sia con quello dell'elasticità. La struttura in esame è, infatti, sicuramente quella che meglio esalta e valorizza la centralità del ruolo valutativo-discrezionale del giudice, che assurge a indiscusso protagonista anche delle operazioni di misurazione della pena in senso ampio. L'attribuzione di un vasto potere discrezionale valutativo in capo al giudice finalizzato a modulare la scelta in ordine al *quantum* di variazione di pena da applicare in forza dell'elemento circostanziale, ne corrobora, pertanto, inequivocabilmente la funzione commisurativa. Questi, infatti, avendo cognizione del caso concreto di reato e, quindi, anche dell'elemento circostanziale posto in essere, è chiamato a valutarne l'incidenza sulla pena-base per mezzo di un'attività inevitabilmente improntata ad operazioni valutative di tipo discrezionale. E' d'uopo, tuttavia, osservare che la pregnanza del carattere della discrezionalità e la funzionalità commisurativo-giudiziale propria degli elementi a variazione di pena proporzionale dotati di «elasticità con variazione minima unitaria» non si esaurisce sotto il solo profilo quantitativo⁹⁷. Nonostante, infatti, una seppur minima variazione di pena vi debba essere⁹⁸, in tali ipotesi al giudice è rimesso un potere discrezionale particolarmente significativo e nella sostanza di tipo *qualitativo* che gli permette (nei fatti) di porre nel nulla la stessa previsione legislativa ove decida di assestare la variazione quantitativa su di una sola unità di misura della pena-base. Un solo giorno in più o in meno di pena detentiva o il pagamento di un solo euro in più o in meno di pena pecuniaria, infatti, non realizza alcun effettivo scostamento dal disvalore espresso dal tipo base. Lo stesso elemento verrebbe così ridotto ad una mera circostanza con funzione descrittiva del fatto di reato, senza, tuttavia, sia stata ad esso riconosciuta alcuna capacità rimodulativa di un autonomo sottotipo. Ove, pertanto, *l'elasticità* nella variazione della pena-base si risolve nell'applicazione di una minima unità di misura il giudice nel commisurare la pena ha finito con l'assestarsi su valori prossimi - o comunque pressoché equivalenti - a quelli originariamente previsti per la pena-base. La discrezionalità attribuita dal legislatore all'interprete al fine di permettergli l'orientamento all'interno della cornice di pena prevista dalla circostanza in senso proprio si tradurrebbe - quasi con un effetto "boomerang" - in una sostanziale *neutralizzazione* degli effetti tipici della fattispecie circostanziale eletta.⁹⁹ Il potere discrezionale del giudice nell'aumento o nella dimi-

⁹⁷ Non è, dunque, da rintracciarsi nel solo grado di elasticizzazione che di volta in volta il singolo elemento presenta.

⁹⁸ Stante il principio di obbligatorietà ed assenza di una discrezionalità c.d. bifasica. A ben vedere l'obbligo di aumentare anche di una sola unità di misura la pena base in presenza del riconoscimento *ex caso concreto* dell'elemento circostanziale è espressione del ruolo delle circostanze proprio nella economia della fattispecie ed è lo stigma della pur sempre viva dimensione legalistica.

⁹⁹ E' d'uopo, tuttavia, osservare che in talune ipotesi - seppur rare - il legislatore ha predisposto circostanze con variazione di pena proporzionale ed elastica il cui aumento o la cui diminuzione prende le mosse da un termine minimo iniziale diverso dallo zero. E' il caso ad esempio di una circostanza propria che preveda la variazione di pena da un minimo *x* (ad esempio un terzo) ad un massimo *y* (ad esempio la metà). A ben vedere, in tal caso si verrebbero a combinare gli aspetti propri delle circostanze con varia-

nuzione proporzionale ed elastica della pena potrebbe, infatti, far venire meno nel momento pratico-applicativo addirittura quell'effetto primo (sintonico, peraltro, con la scelta elettiva) delle circostanze in senso proprio: l'incidenza sul *quantum* di pena. L'entità dell'aumento di pena ricollegata all'operare di una circostanza propria ad efficacia comune dotata di «elasticità con variazione minima *unitaria*» rientrando nel potere discrezionale del giudice permetterebbe, dunque, di realizzare un contrappeso rispetto alla selezione e caratterizzazione in termini circostanziali effettuata in sede legislativa, riportando così il sistema in "equilibrio". *Tipicità-discrezionalità, determinazione legale-commisurazione giudiziale* finirebbero, dunque, con il fronteggiarsi dando vita ad una sorta di *compromesso* la cui ponderazione finale sarebbe, tuttavia, rimessa all'interprete. Se da un lato, infatti, la tipizzazione di un elemento come circostanza imporrebbe (ove ravvisato nel caso concreto) al giudice di valutarlo ai fini commisurativi, dall'altro lato l'operare della discrezionalità giudiziaria nel momento della valutazione dell'effettiva incidenza sul *quantum* di pena permetterebbe il realizzarsi della contropinta di cui si è detto.

(2) Il secondo modello funzionale che le circostanze a variazione proporzionale elastica possono ricoprire si caratterizza, contrariamente al precedente, per essere dotato di una «elasticità con variazione minima *frazionaria normativamente definita*».

Con l'espressione appena coniata, si intende fare riferimento a quegli elementi circostanzianti caratterizzati da una variazione di pena elastica il cui minimo e massimo sono *entrambi* fissati espressamente dal legislatore di volta in volta in relazione al singolo elemento ed il cui termine di partenza minimo risulta essere una quantità frazionaria *superiore* rispetto alla singola unità della pena-base¹⁰⁰. In questa sede occorre, dunque, concentrare l'attenzione proprio sull'apporto funzionale che l'effetto di incisione frazionaria minima superiore all'unità riveste. Il legislatore, nell'abbandonare il paradigma classico di variazione proporzionale della pena che vede l'espressa definizione del solo termine massimo, attribuisce così una espressa incisività quantitativa minima all'elemento circostanziale che impedisce al giudice di "neutralizzare"¹⁰¹ - nei fatti - la scelta elettiva da esso compiuta. Più precisamente, con la suddetta articolazione disciplinare viene introdotta una presunzione valoriale/disvaloriale espressamente quantificata (seppur *per relationem*) nel minimo al cui rispetto il giudice è inderogabilmente¹⁰² chiamato. Con i suddetti elementi il legislatore non fa, dunque, altro che "guidare" l'attività commisurativa giudiziaria *conte-*

zione proporzionale *fissa ed elastica*. Il legislatore, infatti, così statuendo assicurerebbe un *quantum* di minima incisione sulla pena-base, ma lascerebbe al contempo un pur sempre apprezzabile margine di operatività all'interprete. In altre parole si realizzerebbe una incisione sulla discrezionalità del giudice di tipo relativo. Da un lato, infatti, si priva il giudice della possibilità di neutralizzare la scelta di tipizzazione circostanziale ed il suo effetto primario, dall'altro si permetterebbe la migliore individualizzazione della pena al concreto disvalore del fatto (circostanziato) posto in essere.

¹⁰⁰ Diversa, pertanto, da un giorno di pena detentiva od un euro di pena pecuniaria.

¹⁰¹ Attraverso l'assestamento sul minimo unitario di variazione della pena-base.

¹⁰² Eccezion fatta, come vedremo, per le differenti operazioni di bilanciamento sottese al concorso eterogeneo di circostanze proprie di cui all'art. 69 c.p.

nendo e riducendo la sua discrezionalità nel graduare la pena. Si badi bene l'incisione sulla discrezionalità giudiziaria avviene – e questo è il punto – non tanto sotto il profilo *quantitativo* (potendo essere il grado di elasticizzazione presentato dal compasso circostanziale più ampio rispetto a quello che si avrebbe potuto avere nel caso di una «elasticità con variazione minima *unitaria*»), quanto piuttosto sul piano *qualitativo*. Al giudice viene, infatti, preclusa la possibilità di effettuare una valutazione ed una conseguente scelta numerico-graduatoria in ordine al valore/disvalore manifestato dall'elemento circostanziale che nei fatti la neutralizzi. Una presunzione qualitativa assoluta minima, pertanto, che finisce con il caratterizzare la tipologia classificatoria di circostanze in esame nel senso della funzionalità *commisurativo-legale*.

Alla luce di quanto appena sottolineato, è d'uopo effettuare una riflessione conclusiva e “di relazione” sul punto. La variazione proporzionale ed elastica di pena dotata di una «elasticità con variazione minima *frazionaria normativamente definita*» assolve al contempo molteplici ed eterogenee funzionalità, tant'è che abbiamo opportunamente definito nel capitolo primo il suddetto modello funzionale come *commisurativo-misto*¹⁰³. La «proporzionalità» e la «elasticità» (nel suo connotato “base”) giocano, infatti, nel senso di una accentuazione della funzionalità *commisurativo-giudiziale*; la «elasticità con variazione minima *frazionaria normativamente definita*», invece, assolve ad una funzione *commisurativo-legale*. Ebbene, appare evidente come la tipologia di circostanze in esame valorizzi al contempo sia le istanze *commisurativo-legali* che quelle *commisurativo-giudiziali*: di qui l'attributo “*misto*”. In buona sostanza, la disciplina offerta dall'elemento circostanziale nella logica funzionale *de qua* manifesta simultaneamente un'attenzione tanto verso le esigenze legalistiche volte all'accentramento dei compiti di misurazione nelle mani del legislatore, quanto verso quelle discrezionali-valutative sottese alla valorizzazione del ruolo del potere giudiziario anche se – si badi bene – solo sotto il profilo discrezionale-quantitativo. Ciò a riprova del fatto – come peraltro precisato nei paragrafi precedenti – che le due diverse istanze, sebbene in evidente conflittualità logica, possono coabitare all'interno del medesimo istituto. In tal caso il problema viene interamente ad incentrarsi sulla disciplina legislativamente accordata: questa deve essere, infatti, improntata alla ricerca di un “buon equilibrio” e, pertanto, dotata di un elevato tasso di “razionalità” anche alla luce del complesso normativo in cui si inserisce. Una considerazione sul punto si impone. La suddetta tipologia di elementi circostanzianti, sebbene affetti dalla tensione funzionale appena rimarcata, non sarebbero irrazionali e, pertanto, da doversi necessariamente abbandonare in ottica *de jure condendo* e ciò poiché le istanze *commisurativo-legali* ben possono coabitare con la discrezionalità *quantitativa*. Infatti, la volontà del legislatore di eteroguidare il giudice nelle opera-

¹⁰³ Per le considerazioni e l'analisi puntuale del significato attribuito a tale espressione si rinvia al capitolo primo. Più precisamente, nella suddetta sede si individuano all'interno della funzione *commisurativa* della pena tre modelli fra loro divergenti: *commisurativo-legale*; *commisurativo-misto*; *commisurativo-giudiziale*.

zioni discrezionali di misurazione della pena si può tradurre nella apposizione di regole e di presunzioni numerico-valoriali che, tuttavia, non annullano la potestà commisurativa giudiziaria che si deve però muovere all'interno di tali ulteriori limiti, i quali paradossalmente possono comportare anche una maggiore elasticizzazione della forbice edittale del reato circostanziato rispetto a quello semplice. Ebbene, se pertanto funzionalità commisurativo-legale e commisurativo-giudiziale volta ad accentuare la discrezionalità *quantitativa* dell'interprete possono coesistere, lo stesso non appare potersi dire nei confronti di una disciplina che combini fra loro all'interno di un medesimo elemento circostanziante commisurazione legale e discrezionalità *qualitativa*. In tale ipotesi, infatti, vi sarebbe una contraddizione assoluta ed insanabile che affliggerebbe di irrazionalità l'istituto. Da un lato, infatti, il legislatore porrebbe le basi per interessarsi – vincolando il giudice – delle concrete operazioni di graduazione della pena e dall'altro attribuirebbe allo stesso un potere contrastante che gli consentirebbe di porre nel nulla la valutazione presuntiva effettuata a monte. Niente di più irrazionale tutto all'interno di una stessa norma.

b) Tutto ciò considerato in ordine alle circostanze a variazione di pena proporzionale elastica si rendono necessarie alcune sintetiche osservazioni anche per quanto concerne le circostanze a variazione proporzionale *fissa*.

Come noto in tali ipotesi il legislatore considera il segno aggravante od attenuante e stabilisce direttamente in modo univoco e preciso (in termini proporzionali) la concreta capacità di incisione della circostanza sul *quantum* di pena irrogabile (la pena è aumentata di un terzo; la pena è diminuita di un terzo). Appare evidente come tale tipologia classificatoria di circostanze svolga una preminente funzione in senso commisurativo-*legale*¹⁰⁴. In questo caso è, infatti, il legislatore a svolgere le operazioni commisurative in senso ampio ed il giudice risulta mero esecutore di quanto previamente e presuntivamente stabilito dal disposto normativo. Più precisamente, in tale ipotesi l'elemento circostanziante introduce una presunzione assoluta di valore. Questo, infatti, non solo viene - nel momento della sua positivizzazione – valutato sul piano valoriale/disvaloriale, ma viene anche soppesato nella sua concreta “incisività”.

Una considerazione finale appare doverosa al fine di spiegare il rapporto con l'elemento della proporzionalità e la sua funzione (“base”) in senso commisurativo-giudiziale.

Ebbene, nonostante le circostanze a variazione di pena proporzionale fissa presentino una indiscutibile e preminente connotazione in termini commisurativo-legali, il dato della proporzionalità assicura pur sempre un ruolo – seppur secondario – alla valutazione giudiziaria che si annida nel legame fra pena-base e variazione frazionaria. La capacità modulativa legale è, infatti, “condizionata” (seppur indiretta-

¹⁰⁴ Particolari problematiche e difficoltà sul punto si devono riscontrare in relazione alle circostanze comuni dal momento che trovano astratta applicabilità rispetto a tutte le fattispecie di reato. Discorso diverso e maggiore plausibilità assumono, invece, rispetto agli elementi circostanzianti speciali, previsti ed accordati dal legislatore in relazione ad ogni singola disposizione normativa. Su tale aspetto e per le dovute considerazioni si rinvia alla parte conclusiva del capitolo secondo.

mente) dalla scelta del giudice nella fissazione della quantità di partenza su cui operare la variazione predata.

B) Quanto, infine, alle circostanze a variazione di pena *indipendente ed autonoma* le ampie osservazioni sviluppate nel paragrafo 4.1 del presente capitolo e nel paragrafo 2.2.2.4 del primo capitolo devono ritenersi più che esaustive al fine di chiarire la funzione da queste ricoperte. Devono, pertanto, ritenersi per intero qui richiamate.

In maniera sintetica è necessario, tuttavia, ricordare in questa sede che i suddetti elementi realizzano una funzione esclusivamente sul piano della «determinazione legale della fattispecie»; e ciò - si badi bene - che si assuma approccio investigativo *astratto-tipologico* o *concreto-commisurativo*. Ridisegnare i margini edittali o sostituire la *species* di pena significa, infatti, operare direttamente ed inequivocabilmente sul piano astratto della fattispecie penale. Più precisamente, attraverso il modellamento del reato semplice l'elemento circostanziante contribuisce a plasmare la nuova fattispecie circostanziata. Nessuna funzione sul piano commisurativo viene, pertanto, assolta ma solo l'incisione sul «tipo» e sul suo «disvalore», attraverso la concretizzazione del precetto e la ridefinizione del trattamento sanzionatorio.

Ebbene, da quanto fin qui osservato discende che nell'applicazione di una circostanza a variazione di pena indipendente od autonoma vi è un'unica fase di giudizio, alla quale corrisponde un solo momento di discrezionalità perfettamente coincidente (sul piano qualitativo) con quello del reato non circostanziato. Il giudice potrà, quindi, procedere sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. come se si trattasse di un'autonoma figura di reato¹⁰⁵.

Si rendono necessarie, da ultimo, tre conclusive osservazioni.

In primis occorre precisare l'osservazione sviluppata nei paragrafi iniziali del capitolo, sulla scia di una autorevole dottrina¹⁰⁶, secondo cui le circostanze del reato amplierebbero la discrezionalità giudiziaria sul piano dosimetrico-quantitativo e non la restringerebbero. Sebbene infatti, la suddetta osservazione appaia in linea di massima corretta sotto il profilo *teoretico (astratto-tipologico)* sia per le circostanze a variazione *proporzionale* della pena, sia per le circostanze a variazione *indipendente* lo stesso non può dirsi per le circostanze c.d. *autonome*. Quest'ultime, infatti, tendono a concentrare, comprimendola se non addirittura annullandola, la discrezionalità quantitativa giudiziaria. Per rendersi conto di quanto appena osservato è sufficiente analizzare le circostanze aggravanti speciali previste *ex artt.* 576 e 577 c.p. per il reato di omicidio doloso. Nelle suddette ipotesi, infatti, la pena non è più quella della reclusione non inferiore a ventuno anni (che pur sempre presenta un margine di elasticizzazione commisurativa) ma diviene dell'ergastolo. Precluso, dunque, ogni ruolo dosimetrico del giudice.

¹⁰⁵ Cfr., G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2010, 341 ss.; C. Fiore, *Diritto penale parte generale*, vol. II, Torino, 1995, 24; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 209; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, art. 59 c.p., Milano, 2011, 630 ss.

¹⁰⁶ A.M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze*, cit., 124 ss.

In secondo luogo, è d'uopo riflettere in ordine alla considerazione che viene fatta dell'elemento circostanziante indipendente od autonomo nel momento commisurativo. Svolgendo gli istituti *de quibus* una funzione sul solo piano astratto di determinazione legale della fattispecie, l'elemento circostanziante una volta esplicito l'effetto di ridefinizione dei margini edittali o di mutamento della *species* di pena è come se regredisse allo stadio di circostanza impropria. Il giudice lo dovrà, dunque, tenere in considerazione nel graduare la pena all'interno della cornice edittale (nuova) essendo questa l'unica operazione "strettamente commisurativa" che nelle suddette ipotesi viene a configurarsi. Nessuna violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale sembra, dunque, prodursi dal momento che le circostanze indipendenti ed autonome esplicano i propri effetti su di un piano e con una funzionalità e finalità completamente differente rispetto alle operazioni di cui agli artt. 132 e 133 c.p. Peraltro, il non considerarlo ai fini commisurativi in senso stretto darebbe luogo ad una vera e propria aporia logica: come è possibile valutare il disvalore e graduare la pena di una nuova fattispecie di reato (*id est* il reato circostanziato) al netto proprio del suo elemento peculiare e caratterizzante in termini di specialità?

In terzo ed ultimo luogo, è opportuno rimarcare come, proprio alla luce delle riflessioni fin qui svolte e della netta differenza funzionale e pratico applicativa fra circostanze a variazione di pena proporzionale e circostanze a variazione di pena indipendente ed autonoma, si evince che quest'ultime presentano una logica di fondo che le colloca ai margini dell'istituto. In ottica *de jure condendo* dovrebbero, pertanto, essere considerate quali elementi costitutivi-essenziali di autonome fattispecie di reato¹⁰⁷. In conclusione le considerazioni *de quibus* sottolineano l'estrema contiguità (logico-strutturale seppur non di disciplina) delle circostanze ad efficacia speciale alle singole figure di reato costituendo, infatti, le prime – come le seconde – autonome valutazioni legali di gravità della fattispecie base. Di qui la loro assimilazione.

7.2 Le circostanze facoltative

Analizzata la funzionalità ricoperta dalle circostanze a variazione di pena proporzionale e dalle circostanze con variazione di pena autonoma ed indipendente è d'uopo soffermare l'attenzione sulle c.d. circostanze *facoltative*, *obbligatorie*, *discrezionali* ed *indefinite*. Gli elementi *de quibus* presentano, infatti, caratteristiche disciplinari e strutturali differenti tanto da rendere particolarmente interessante una separata analisi della loro funzione.

Preliminarmente tuttavia, prima di procedere nell'indagine appena enunciata, si impone una doverosa precisazione. «Circostanze *facoltative*», «circostanze *obbligatorie*», «circostanze *discrezionali*» e «circostanze *indefinite*» costituiscono differenti articolazioni disciplinari in ordine alla modalità di previsione legislativa. Ebbene, con l'espressione linguistica *facoltatività*, *obbligatorietà*, *discrezionalità* e *indefinitezza/genericità* si fa, dunque, riferimento a differenti tipologie di circostanze fra loro

¹⁰⁷ Per le diffuse riflessioni sul punto si rinvia ai paragrafi iniziali del primo capitolo.

profondamente eterogenee sia per caratteristiche, sia per funzione e pongono, conseguentemente, diverse problematiche di fondo. Occorre, tuttavia, constatare che dottrina e giurisprudenza spesso utilizzano la suddetta terminologia in modo del tutto fungibile, come ad indicare la medesima situazione circostanziante. Ebbene così non è. La “confusione” definitoria creata finisce, peraltro, con il celare – in maniera più o meno consapevole - dietro “etichette” poco significative, problemi strutturali e di compatibilità con i principi cardine del diritto penale puntualmente non approfonditi¹⁰⁸.

Proprio alla luce delle considerazioni *de quibus* l’analisi funzionale delle suddette tipologie classificatore di circostanze del reato dovrà essere di volta in volta preceduta da una, seppur sintetica, descrizione dei connotati caratterizzanti ogni singolo modello e ciò poiché una comprensione sul piano funzionale non può che passare attraverso una chiarificazione e spiegazione di tipo disciplinare.

Procedendo con ordine nella disamina separata dei suddetti elementi occorre, dunque, soffermare l’attenzione sulle «circostanze *facoltative*».

Al fine di chiarire la portata ed il significato della suddetta espressione linguistica è necessario – dato lo stretto legame definitorio¹⁰⁹ – prendere le mosse dall’analisi del principio di obbligatorietà dell’applicazione delle circostanze. Il suddetto postulato, enunciato dall’art. 59.1 c.p., vale per ogni tipo di circostanza sia essa definita od indefinita ed è posto in funzione di certezza giuridica avverso l’arbitrio del giudice. Impone, infatti, all’interprete di applicare la circostanza ed i propri effetti incisivi sulla pena tutte le volte in cui ne abbia ravvisata od accertata la concreta verificazione. In buona sostanza, il principio dell’obbligatorietà fa espresso divieto al giudice di non applicare una circostanza previamente individuata e ciò poiché così facendo darebbe manifestazione ad potere arbitrario di tipo *contra*-legislativo, perfettamente in conflitto con le esigenze di certezza giuridica ad esso sottese.

Ciò chiarito, risulta ora agevole comprendere quale sia il significato dell’espressione classificatoria «circostanze *facoltative*». Sono queste quelle che conferiscono al giudice un potere discrezionale di tipo *bifasico*, che si estrinseca cioè *sia* nella ricerca di valori concreti non tipizzabili, *sia* nella facoltà di non applicare l’elemento circostanziante una volta individuato. E’ d’uopo rimarcare che la struttura disciplinare *de qua*¹¹⁰ investe il giudice nel momento dichiarativo ed applicativo non tanto di un potere discrezionale-valutativo, quanto piuttosto di un vero e pro-

¹⁰⁸ Come dicevamo la giurisprudenza e la dottrina anche autorevole spesso fa uso dei suddetti termini in maniera del tutto fungibile fra loro come se stessero ad indicare la medesima situazione circostanziante. «Circostanza *facoltativa*», «circostanza *discrezionale*» e «circostanza *indefinita*» sarebbero in realtà modi differenti, per indicare lo stesso fenomeno. Ne conseguirebbe, pertanto, una omogeneità sul piano funzionale. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 535 s.; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 627 e 635; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 397.

¹⁰⁹ I due termini come vedremo tra breve finiscono, infatti, per definirsi a vicenda.

¹¹⁰ *Rectius* “struttura non circostanziale” dal momento che a nostro avviso non è neppure corretta la classificazione delle suddette tipologie nell’alveo dell’istituto delle circostanze del reato e ciò poiché si pongono in una ineliminabile contraddizione logico-operativa con i postulati fondamentali cardine della materia.

prio *arbitrium*: evidente il contrasto con le istanze di certezza giuridica sottese all'istituto.

Ebbene, alla luce di quanto fin qui osservato, all'organo giurisdizionale potrà essere al massimo riconosciuta¹¹¹ una discrezionalità *monofasica* che si manifesta cioè nel solo momento accertativo. A questi potrà, infatti, essere chiesto di valutare i dati concreti del fatto storico e della personalità del suo autore al fine di ravvisare la sussistenza di elementi circostanzianti non tipizzati o di elementi che sebbene siano stati legislativamente definiti¹¹² debbono necessariamente passare attraverso un apprezzamento giudiziario del singolo caso concreto in quanto non riducibili ad una operazione accertativa meramente meccanicistico-automatica¹¹³. Nella prima fase (*id est* quella accertativo-valutativa) il giudice può, quindi, essere chiamato a valutare se gli elementi concreti presentino o meno il valore di circostanza, che egli ha però l'obbligo di applicare una volta che la abbia considerata esistente.

Ebbene, nonostante il netto "rifiuto" della categoria di circostanze in esame dovuto alla loro dichiarata violazione del principio di obbligatorietà, queste non sono affatto inesistenti nel nostro ordinamento giuridico anche se appare particolarmente difficile "individuare", dal momento che non sono tratteggiabili segni sul piano normativo che le contraddistinguano in maniera inequivocabile. Lo stesso utilizzo del termine «può»¹¹⁴ a nostro avviso deve essere inteso nel senso che la legge affida alla discrezionalità del giudice il compito di valutare se gli elementi concreti presentino o meno il valore di una circostanza, che egli ha l'obbligo però di applicare una volta che l'abbia considerata esistente. Non si vuole, dunque, indicare l'attribuzione di un potere discrezionale anche nella fase applicativa dell'elemento. Se dunque, non è ravvisabile una espressa indicazione legislativo-disciplinare in ordine alla facoltatività¹¹⁵, il concetto stesso finisce con il "vivere" e "definirsi" all'interno dell'interpretazione giurisprudenziale e più precisamente nelle argomentazioni dei giudici del merito¹¹⁶. E', dunque, la prassi giurisprudenziale che finisce con l'avallare

¹¹¹ O, come vedremo tra breve, potrà al massimo riconoscersi per mezzo della prassi interpretativa ed applicativa.

¹¹² E cioè descritti nei loro connotati fenomenici.

¹¹³ I due modelli appena delineati che prendono il nome di «circostanze indefinite» e «circostanze *discrezionali*» si distinguono, pertanto, in ordine al grado maggiore o minore di discrezionalità rimessa al giudice nell'individuare l'elemento circostanziente. Per una loro puntuale analisi si rinvia ai prossimi paragrafi.

¹¹⁴ A cui si è fatto e si continua a fare tradizionalmente riferimento quando si parla delle circostanze *facoltative*. Ad esempio si prenda le circostanze generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p., gli artt. 114 e 117 c.p. e la recidiva *ex art.* 99 c.p. - eccezione fatta per l'ipotesi di cui al 99.5 c.p. c.d. recidiva obbligatoria -.

¹¹⁵ Non potrebbe d'altronde essere altrimenti stante il riconosciuto principio di obbligatorietà. Di qui la ragione che ci spinge a non considerare quelle facoltative delle circostanze ma solo l'altra faccia - negativa - del principio di obbligatorietà.

¹¹⁶ Evidente come siano principalmente questi e non anche i giudici di legittimità ad entrare nelle concrete argomentazioni che spingono il singolo giudice nel singolo caso concreto a ritenere la sussistenza e l'applicazione di un singolo elemento. Con le difficoltà - pressoché insormontabili - dovute alla contrazione se non vera e propria omissione argomentativa in motivazione sui suddetti aspetti specie ove non se ne ravvisi e ritenga doversi procedere alla applicazione dell'elemento.

interpretazioni che nei fatti attribuiscono un potere sostanzialmente libero ed arbitrario al giudice in ordine ad un determinato elemento circostanziante.

Si badi bene, che anche la giurisprudenza di legittimità sebbene cerchi di prendere le distanze dal concetto di *facoltatività* – salvo poi usare tale espressione linguistica in modo del tutto inappropriato in luogo di quella di *discrezionalità* – ponendo “enunciati” e “proclami” in tal senso chiari, nei fatti non procede pressoché mai a censurare espressamente l’attività valutativo-arbitraria dei giudici di merito, finendo così nei fatti con l’avallare l’interpretazione (improntata alla facoltatività) invalsa nella prassi.

A tal proposito è necessario portare l’attenzione della comunità scientifica su di un caso in tal senso esemplificativo ed altamente problematico: la recidiva¹¹⁷.

L’istituto circostanziante appena richiamato risulta, infatti, affidato nelle mani del giudice e la sua applicazione subordinata ad una valutazione complessiva della gravità del fatto di reato e della personalità del reo. Più precisamente, il giudizio di recidività viene così a svincolarsi da una puntuale verifica in concreto della maggiore colpevolezza e/o della maggiore pericolosità sociale, dipendendo, viceversa, da una valutazione prognostica di tipo onnicomprensivo in ordine alla meritevolezza o meno dell’applicazione degli effetti diretti ed indiretti dell’istituto. Il giudizio in ordine alla sussistenza della circostanza in esame finisce, pertanto, con il precedere ogni operazione commisurativa (sebbene logicamente le presupponga come avvenute¹¹⁸) ed incentra il proprio *focus* nel verificare¹¹⁹ che l’incidenza degli effetti della recidiva non dia luogo ad un trattamento sanzionatorio¹²⁰ sproporzionato rispetto alla gravità del fatto di reato concretamente posto in essere ed alle caratteristiche personologiche del reo: ove si ritenga sussistere la suddetta sproporzione l’elemento circostanziante (sebbene concretamente sussistente in quanto espressione di una maggiore colpevolezza e pericolosità sociale) potrà non trovare applicazione. Ebbene, il suddetto ragionamento invalso nella prassi giurisprudenziale di merito ed avallato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità è inaccettabile. Sebbene, infatti, “comprensibile” l’esigenza di fondo volta a mitigare il più possibile gli effetti draconiani della “nuova” (*post ex Cirielli*) recidiva, non appare giuridicamente “condivisibile” né “ammissibile”. Così argomentando l’organo giudiziario finirebbe con l’autoconferirsi un potere altamente discrezionale di tipo qualitativo in grado di vanificare la scelta legislativa. In tal senso appare, infatti, la facoltà di non applicare ad

¹¹⁷ Problematicità da individuarsi nella complessità del giudizio ad essa sottesa, nella diffusione applicativa e nei particolarmente incisivi – specie dopo la riforma attuata con la legge n. 251 del 2005 – effetti c.d. diretti ed indiretti.

¹¹⁸ Evidente il paradosso e la difficoltà nel ricostruire l’iter logico compiuto dal giudice nella misurazione della pena. Si deve, infatti, verificare la sua concreta incisione e valutarne la meritevolezza ma tale operazione valutativa non può presupporre il puntuale e concreto svolgimento di tutte le operazioni commisurative essendo quella in ordine alla applicazione dell’elemento circostanziante a variazione di pena proporzionale – come ampiamente visto – l’ultima in ordine cronologico.

¹¹⁹ E’ proprio qui che si inserisce l’operazione arbitraria giudiziaria.

¹²⁰ Tenendo conto anche degli effetti indiretti e non solo di quelli indiretti.

un soggetto – già condannato per un delitto non colposo – che dimostri una maggiore colpevolezza ed una maggiore pericolosità sociale l'aggravante della recidiva perché non si ritiene nell'insieme meritevole di un trattamento sanzionatorio così significativo. Nulla di più arbitrario e svincolato dal benché minimo parametro legalistico e conseguentemente da ogni possibilità di controllo¹²¹.

Alla luce di tutte le considerazioni e riflessioni sviluppate, è giunto il momento di porsi l'interrogativo centrale che ci ha spinto nella suddetta analisi. Quale funzione è ricoperta dalle circostanze facoltative?

Ebbene, tale tipologia classificatoria di elementi appare inequivocabilmente assolvere una funzionalità di determinazione giudiziaria. Al giudice è, infatti, attribuito un potere altamente discrezionale (*rectius* arbitrario) rendendolo il vero sovrano dell'elemento circostanziale tipizzato. Questi potrebbe, infatti, disattendere la scelta elettiva effettuata a monte dal legislatore sulla base di considerazioni del tutto personali sprovviste del benché minimo controllo e indirizzo. Un potere che, pertanto, non abbiamo esitato a definire *contra*-legislativo, nel senso in cui può spingersi fino a porre nel nulla la previsione legislativa che concretamente si era inverata.

7.3 Le circostanze obbligatorie, discrezionali ed indefinite

Chiarito il concetto di facoltatività e la sua contrapposizione logica con il principio di obbligatorietà dell'applicazione dell'aumento o della diminuzione quale conseguenza infettibile del concreto riconoscimento dell'elemento circostanziale, occorre procedere alla disamina di cosa si intenda con le espressioni «circostanze obbligatorie», «circostanze discrezionali» e «circostanze indefinite».

Fugato, infatti, ogni dubbio in ordine alla facoltatività e precisato che il suddetto concetto non integra propriamente una tipologia circostanziale ma sia solo il corrispettivo (in negativo) del principio di obbligatorietà, occorre procedere alla puntuale analisi delle diverse modalità e tecniche di previsione legislativa dell'elemento circostanziale.

Come precisato nel paragrafo precedente, le espressioni sopra rimarcate identificano elementi tra di loro eterogenei sotto il profilo sia strutturale sia funzionale. Se ne impone, pertanto, una analisi separata. Riteniamo, peraltro, opportuno superare la consueta contrapposizione effettuata in dottrina fra le seguenti coppie contrapposte di circostanze: *definite/indefinite*; *obbligatorie/discrezionali*. Una analisi impernata sui suddetti binomi non appare, infatti, del tutto chiara nonché per certi aspetti ri-

¹²¹ Interessante in tal senso è la sentenza della Corte costituzionale n. 192/2007 ed il provvedimento del G.U.P. del Tribunale di Genova emesso in data 27 aprile 2009 che impugnato in Appello veniva poi deciso dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza a Sezioni Unite del 27 maggio 2010, n. 35738. Con il quale si affermava che «la contestata recidiva, la cui applicazione è facoltativa, doveva essere esclusa in considerazione delle condizioni socio-economiche dell'imputato, del meritevole comportamento processuale, della risalenza del precedente e della diversità dei fatti criminosi».

sulta fuorviante¹²². Essendo, infatti, il nostro proposito quello di analizzare, sul piano disciplinare, le diverse tecniche di previsione legislativa, la distinzione non può che essere per così dire “a tre” e, dunque, fra «circostanze *obbligatorie*», «circostanze *discrezionali*» e «circostanze *indefinite*», rappresentando queste le diverse modulazioni disciplinari codicisticamente individuabili.

Più precisamente, le suddette tipologie classificatorie esprimono un differente grado di definizione normativa della fattispecie circostanziante. Anticipando fin da subito le conclusioni a cui giungeremo a seguito della puntuale analisi di ogni singolo istituto, occorre osservare che le «circostanze *obbligatorie*» presentano un grado di definizione normativa dell'elemento particolarmente elevato, tanto da potersi dire «totale», nel senso che l'individuazione legislativa della fattispecie circostanziale non lascia spazio a margini valutativi da parte del giudice, dal momento che risulta interamente tipicizzata in ogni suo aspetto. Le «circostanze *discrezionali*» si caratterizzano, invece, per una definizione meramente «parziale», al giudice è, cioè, rimesso il compito di verificare la concreta sussistenza di ulteriori elementi significativi che confermino o escludano le ragioni della diversa gravità del reato. Le «circostanze *indefinite*», infine, sono «assenti» della benché minima definizione normativa, il legislatore rinuncia alla individuazione dell'elemento circostanziante che viene conseguentemente rimesso nelle mani plasmatiche del giudice.

Ebbene, posto e chiarito quanto sopra appare opportuno affrancarsi dalle tradizionali terminologie utilizzate (*obbligatorie*, *discrezionali*, *indefinite*) ed adottare - sulla scia delle distinzioni sopra delineate - la seguente classificazione: «circostanze a tipicizzazione *totale*»; «circostanze a tipicizzazione *parziale*» e «circostanze a tipicizzazione *assente*». Le espressioni linguistiche utilizzate permettono, infatti, una maggiore chiarezza logico-concettuale e consentono una immediata riferibilità alla problematica della previsione legislativa di cui le stesse risultano modulazioni disciplinari.

Alla luce delle osservazioni fin qui svolte, è d'uopo ora procedere alla analisi delle singole tipologie classificatorie *de quibus* soffermandoci, dopo le necessarie chiarificazioni terminologiche, sul diverso apporto funzionale da queste ricoperto.

Procedendo con ordine sono *obbligatorie* quegli elementi circostanzianti alla presenza dei quali il giudice deve fare conseguire *ipso facto* la variazione della pena. Più precisamente, le «circostanze *obbligatorie*» sono strutturate sul piano disciplinare in modo da creare un automatismo nel loro accertamento e nella loro conseguente dichiarazione/applicazione. E ciò viene ottenuto attraverso la analitica descrizione del dato circostanziante che non deve essere, pertanto, valutato dal giudice ma rilevato per mezzo di una attività meramente ricognitiva del dato oggettivo-fenomenico.

¹²² Sulla confusione terminologica creata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza nell'utilizzo apparentemente fungibile dei termini si è già detto nel paragrafo precedente. Qui si sottolinea ad esempio la differenza intercorrente fra circostanze obbligatorie e principio di obbligatorietà che come vedremo nel proseguo della chiarificazione dei concetti appaiono indicare due distinte situazioni giuridiche. La analisi per coppie contrapposte determinerebbe, poi, una inevitabile difficoltà di demarcazione fra circostanze indefinite e circostanze discrezionali.

Un'operazione, quindi, meccanicistica in cui è assente qualsiasi valutazione giudiziaria del dato reale.

Al fine di fare chiarezza sul punto si rendono necessari alcuni esempi. In primo luogo occorre porre mente all'istituto, di dubbia costituzionalità¹²³ della c.d. recidiva obbligatoria, disciplinato ai sensi dell'art. 99.5 c.p. In questa ipotesi, infatti, i meri dati oggettivi della precedente condanna per un delitto non colposo - come risultante dal certificato del casellario giudiziario - e della commissione di un nuovo delitto ricompreso nell'elenco di cui all'art. 407.2 lett. a) c.p.p.¹²⁴, deve dare luogo all'aggravamento imponendo al giudice sia la dichiarazione, sia la conseguente applicazione. Quale, dunque, concretamente l'attività dell'organo giudicante nella suddetta ipotesi? Questi è semplicemente e macchinisticamente chiamato a verificare il casellario giudiziario del reo ed il tipo di nuovo delitto di cui si è reso colpevole: ove la ricognizione dia esito positivo (nei termini anzidetti) procederà all'applicazione dell'aumento della pena, ove invece l'esito sia negativo non si verificherà alcuna variazione. Una ulteriore ipotesi di circostanza obbligatoria può essere ravvisata nell'art. 112.1 n. 1 c.p. Nel caso, infatti, il reato plurisoggettivo eventuale sia stato posto in essere da cinque o più persone la pena subirà un aumento fino ad un terzo. Anche in questa ipotesi l'attività del giudice nell'accertamento dell'elemento circostanziale è meramente ricognitivo-meccanicistica: ove i soggetti agenti siano in numero maggiore o uguale a quello legislativamente previsto *ex art.* 112.1 n. 1 c.p. si applicherà l'aggravio di pena, viceversa nessuno aumento verrà calcolato sulla pena-base.

Ebbene, si può dunque concludere che nel caso di circostanze obbligatorie fra il momento dell'integrazione fenomenica delle stesse e la loro dichiarazione non intercorre alcuna attività valutativo-discrezionale ma solo ricognitivo-meccanicistica. Il

¹²³ Nonostante la Corte Costituzionale abbia fino ad oggi dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 99.5 c.p. Cfr. Corte cost., ord. n. 409 del 2007 e Corte cost., ord. n. 171 del 2009. Appaiono particolarmente interessanti le osservazioni avanzate da una parte della dottrina, vedi in particolare e di recente R. Bartoli, *La recidiva davanti allo specchio della costituzione*, in *Dir. pen. proc., Gli speciali. La recidiva tra prassi e Costituzione*, 2011, 24. L'Autore afferma che la presunzione assoluta sottesa all'art. 99.5 c.p. «sembra priva di qualsiasi fondamento. Se infatti si esce da una prospettiva meramente legalistico-letterale, e si assume una visione finalisticamente orientata, è agevole rendersi conto che se si muove da una ratio di maggiore colpevolezza, da intendersi come maggiore capacità di motivarsi secondo le norme sulla base della conoscenza della precedente condanna».

¹²⁴ Questa, infatti, l'interpretazione prevalente in dottrina e giurisprudenza. La giurisprudenza di legittimità sia a sezioni semplici che a sezioni unite, ha, infatti, affermato in maniera concorde che la fattispecie di cui all'art. 99.5 c.p. è applicabile nei confronti del soggetto, già recidivo per un qualunque reato, che commette un delitto riconducibile al catalogo di cui all'art. 407.2 lett. a) c.p.p. non assume, invece, rilievo, ai fini dell'integrazione dell'ipotesi in esame la riconducibilità ad catalogo dei delitti di cui all'art. 407.2 lett. a) c.p.p. del reato per il quale è intervenuta la precedente condanna. In giurisprudenza vedasi Cass., Sez. I, 23 settembre 2010, n. 36218, Pisanello, in *CED Cass.*, 248289; Cass., Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599, Huyer, in *CED Cass.*, 244668; Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, Indelicato, pubblicata in *Dir. pen. proc.*, con nota di L. Pellegrini, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, cit., 1366 ss. In dottrina sul punto specifico vedi M. Cassano, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc., Gli speciali. La recidiva tra prassi e Costituzione*, 2012, 30 ss.

legislatore per mezzo di una individuazione puntuale ed esaustiva della fattispecie circostanziata introduce, dunque, un rigido meccanismo presuntivo con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare il reale significato del dato meramente oggettivo tipicizzato.

Quale la funzione ricoperta da una simile tipologia di circostanze?

A noi pare giochino queste un ruolo preminentemente in una ottica legalistica di determinazione della fattispecie e di commisurazione della pena. A ben vedere, infatti, con l'introduzione di un meccanismo operativo di tipo presuntivo (quale quello sotteso all'obbligatorietà) si tende a comprimere, annullandola, ogni attività valutativo-discrezionale del giudice reso a mero autonoma nella ricognizione dei dati fenomenici del caso concreto. Così facendo il legislatore finisce con l'operare al contempo (direttamente) sul piano della determinazione della fattispecie circostanziante e (indirettamente) sulle operazioni commisurative della pena. L'operazione in oggetto (*id est* la definizione precisa e totale dell'elemento) è, infatti, funzionale alla creazione di un automatismo accertativo e dichiarativo della circostanza con conseguente marginalizzazione dell'apporto del giudice: il legislatore predispose tutti i termini per l'accertamento che risulta così una attività eteroguidata¹²⁵. Al contempo, oltre ad un contributo definitorio-astratto, le circostanze obbligatorie producono, in via indiretta, un necessario (in forza del principio dell'obbligatorietà) effetto sulla pena. A ben vedere, infatti, l'automatismo accertativo non può che riverberare i propri effetti sul piano commisurativo assicurando il prodursi dell'aumento o della diminuzione della pena.

In conclusione sul punto si può, pertanto, affermare che la costruzione disciplinare di un elemento in termini obbligatori svolga una funzione *diretta* nella determinazione legale della fattispecie circostanziante ed *indiretta* – grazie anche alla combinazione con il principio dell'obbligatorietà dell'applicazione – nella commisurazione legale della pena.

Quanto poi alle «circostanze *discrezionali*», queste si contrappongono alle obbligatorie dal momento che presuppongono e non pretermettono la necessità di una valutazione discrezionale del giudice in ordine agli elementi normativamente previsti per descrivere la circostanza. Più precisamente, nell'ipotesi in esame il legislatore individua solo parzialmente la fattispecie circostanziante e rimette al giudice il compito di definirla attraverso una valutazione del caso concreto. In altre parole, il potere legislativo conferisce all'interprete il ruolo di valutare l'elemento tipicizzato al fine di individuare se nel caso concreto il valore/disvalore di cui questo è portatore si sia realmente manifestato e, conseguentemente, la circostanza sia stata integrata.

Ebbene, con il modello disciplinare *de quo* il giudice viene investito di un potere altamente discrezionale di tipo *qualitativo*. Dal suo accertamento, che non è operazione meramente meccanica ma qualitativo-valutativa di ricerca del valore/disvalore

¹²⁵ Forzando volutamente l'espressione ed il concetto potremmo dire che in queste ipotesi è il giudice che per mezzo di un mero strumento meccanico (*id est* il giudice) accerta l'elemento circostanziante.

a cui il legislatore ha inteso subordinare l'aumento o la diminuzione della pena, dipende la dichiarazione della circostanza ed il prodursi dei suoi effetti.

Tornando nuovamente all'istituto della recidiva – sempre a fini esemplificatori – occorre osservare che le ipotesi di cui agli artt. 99.1, 99.2, 99.3, 99.4 c.p. sono state riconosciute dalla giurisprudenza costituzionale¹²⁶ e di legittimità¹²⁷ come circostanze *discrezionali*¹²⁸, nel senso che il giudice è chiamato a valutare che il caso concreto denoti una maggiore colpevolezza od una maggiore pericolosità sociale dell'agente, in base ai dati – normativamente tipicizzati – della precedente condanna passata in giudicato per un delitto non colposo e del nuovo delitto commesso. Ebbene, la tipizzazione normativa di questi dati rappresenta la base di partenza su cui si incardinano le operazioni valutative giudiziarie che, peraltro, agli stessi devono fare costante riferimento. I termini della pericolosità sociale e della colpevolezza più spiccata presuppongono una concreta indagine che guidi alla persona del reo, al grado di disapprovazione ed alla possibilità di commettere in futuro nuovi reati, non presumibili per il solo fatto che l'agente ha commesso un nuovo (stante la precedente condanna passata in giudicato) delitto non colposo. “Nuovo” e “vecchio” delitto rappresentano, dunque, i “parametri investigativi” normativamente individuati da cui prende le mosse un'indagine personologica particolarmente complessa ed articolata che non può che essere rimessa nelle mani del giudice e del suo prudente apprezzamento discrezionale, pena la violazione dei principi costituzionali di proporzionalità ed uguaglianza, nonché delle istanze rieducative sottese alla pena.

Effettuato l'esempio appare adesso maggiormente chiaro come l'accertamento dell'esistenza delle «circostanze *discrezionali*» dipenda e presupponga un'attività valutativa di tipo discrezionale-qualitativo del giudice che, guidato dal dato testuale della norma¹²⁹, viene a completare la scelta legislativa attraverso l'analisi del caso concreto. Attività altamente discrezionale¹³⁰, dunque, quella rimessa nelle mani del giudice. Sebbene, infatti, questi si debba muovere pur sempre sul segmento di fattispecie definito dal legislatore, la dichiarazione di sussistenza o meno dell'elemento circostanziale viene fatta dipendere da un accertamento discrezionale del giudice.

Quale, dunque, la funzione ricoperta dai suddetti elementi?

La disciplina appena esaminata finisce sicuramente con l'esaltare il ruolo e l'attività del giudice in una ottica di tipo discrezionale-qualitativo, operando direttamente sul piano determinativo della fattispecie circostanziata ed indirettamente su quello commisurativo della pena. Più precisamente, assolvendo il potere discrezionale giudiziario una funzionalità di «completamento» della scelta legislativa, questi concorre alla individuazione dell'elemento circostanziale solo parzialmente tipicizzato. L'apporto definitorio del giudice concorre con quello del legislatore nel deter-

¹²⁶ Cfr. fra tutte la nota sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2007.

¹²⁷ Cfr. fra tutte Cass., Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738 in *dejure*.

¹²⁸ Sebbene sussistano le difficoltà concettuali in ordine alla facoltatività. Per le diffuse osservazioni sul punto si rinvia al paragrafo precedente.

¹²⁹ Si potrebbe dire guidata da quel segmento di fattispecie espressamente definito dal legislatore.

¹³⁰ Ma non arbitraria.

minare la fattispecie circostanziante. Conseguenza inevitabile di quanto appena osservato è che, stante il principio di obbligatorietà dell'applicazione della circostanza, il potere giurisdizionale discrezionale riconosciuto dalla struttura disciplinare in esame finisce con il riverberare i propri effetti – e quindi a svolgere una funzione – anche sul piano commisurativo della pena. Funzione di determinazione giudiziale della fattispecie e funzione di commisurazione giudiziale della pena, vengono, pertanto, a combinarsi assieme sul singolo istituto.

Infine, è d'uopo sottolineare che non si individuano particolari problemi di costituzionalità in ordine ai suddetti elementi che appaiono, pertanto, perfettamente ammissibili sia nella forma attenuante che aggravante. Il tasso di discrezionalità da questi accordato è, infatti, da un lato strettamente connesso e guidato dalla, seppur parziale, previsione legislativa e dall'altro congenito alla stessa struttura logico-sostanziale dell'elemento. Con quest'ultima osservazione si vuole cioè indicare che esistono elementi circostanzianti che non possono assolutamente essere disciplinati nella forma dell'obbligatorietà e ciò poiché la presunzione e l'automatismo da essa conseguente si rende incompatibile con la loro stessa natura. E' questo a nostro avviso sicuramente il caso delle circostanze c.d. soggettive le quali necessitano di una indagine sulla persona e sulla sua psiche che non può – pena violazione dei dettami costituzionali – essere presunta a livello astratto dal legislatore, ma necessita di un apprezzamento casistico giudiziario.

Infine, occorre procedere all'analisi dell'ultima tipologia classificatoria delle circostanze presa in esame: le «circostanze *indefinite*». Nello studio di queste deve essere prestata particolare attenzione ai caratteri differenziali rispetto alle circostanze discrezionali, non essendo questa un'operazione (come avremo modo di vedere anche nell'esemplificazione che svilupperemo) particolarmente facile.

La diversità, sebbene possa apparire piuttosto sottile, in realtà è netta e decisiva. Le due tipologie classificatorie, spesso confuse fra di loro, sono espressione di paradigmi disciplinari eterogenei e la cifra della differenza risiede nel grado di discrezionalità affidato all'interprete e, quindi, nel grado di individuazione della fattispecie circostanziata legislativamente accordato.

Nelle circostanze discrezionali, come sopra precisato, il legislatore tipicizza l'elemento in maniera *parziale* e rimette al giudice la valutazione in concreto del valore/disvalore espresso dalla circostanza. In buona sostanza, l'interprete è guidato puntualmente – sebbene in parte - dalla scelta legislativa che presuppone una valutazione del caso concreto, dal momento che non può essere ridotta ad un'attività meramente ricognitivo-meccanicistica.

Ebbene, nulla di tutto ciò accade nelle circostanze c.d. *indefinite* nelle quali il grado di discrezionalità, anch'essa di tipo qualitativo, rimessa al giudice è infinitamente superiore, tanto da potersi parlare di vero e proprio «potere arbitrario»¹³¹. Il

¹³¹ In tal senso le lucide parole di Vallini, il quale nell'affrontare il problema della discrezionalità rispetto alle attenuanti generiche e al bilanciamento di circostanze del reato, con particolare attenzione alla dimensione giurisprudenziale, afferma: «Lo studio della giurisprudenza in materia è, dunque, studio di

fondamento di quanto appena rimarcato deve rintracciarsi nel fatto che la struttura disciplinare delle circostanze indefinite si caratterizza per l'assenza di una individuazione legislativa dell'elemento circostanziente. Il legislatore rinuncia cioè completamente ad individuare la fattispecie circostanziata che, pertanto, è rimessa nella sua definizione al potere giudiziario. Siamo, dunque, nel terreno dell'assoluta atipicità.

Sebbene, il sistema delle circostanze è stato (nell'impostazione originaria data dal codice Rocco) ed è contrassegnato dalla tendenziale *tipicità* delle stesse, pur tuttavia, non tutte le circostanze del reato enunciano un contenuto fissato *ex ante* dalle disposizioni che le prevedono. Le circostanze c.d. indefinite si discostano, infatti, dalla fisionomia "classica" della fattispecie circostanziale, poiché ad un minor dettaglio raggiunto dal legislatore nella descrizione del dato da cui far dipendere la variazione di pena, corrisponde una maggiore latitudine nell'apprezzamento del giudice in ordine al loro contenuto che resta appunto da definire.

Più precisamente, la suddetta tipologia classificatoria chiama il giudice a ricercare nel caso concreto ed alla luce di tutti i suoi elementi – con un'operazione pertanto speculare, quanto a "base", a quella sottesa all'art. 133 c.p.¹³² – la presenza di un fattore che, sebbene legislativamente non eletto, sia (potenzialmente) in grado stante il pregnante valore/disvalore manifestato di incidere sui margini edittali della fattispecie¹³³. Un potere discrezionale (*rectius* arbitrario) affrancato da qualsiasi vincolo legalistico, *non tipizzato*¹³⁴ - quanto a presupposti e criteri (se non nella apposizione del segno attenuante o aggravante e del limite massimo della variazione di pena) - e, dunque, fundamentalmente libero, affidato all'autogoverno giurisprudenziale.

Ciò posto in punto di descrizione strutturale, occorre procedere nella disamina funzionale degli elementi in esame.

Le «circostanze indefinite», o «a tipicizzazione assente» che dir si voglia, svolgono una inequivocabile funzione di «determinazione giudiziale della fattispecie». Al giudice è cioè conferito un potere valutativo-discrezionale (se non propriamente arbitrario) di tipo qualitativo, che si caratterizza in termini *para*-legislativi. Questi attraverso la propria opera di valutazione di tutte le circostanze del caso concreto e di selezione degli elementi "significativi", diviene nei fatti il demiurgo della circostanza. Più precisamente, in lui viene riposta la scelta elettiva e cioè la facoltà di decidere ciò che è circostanza *impropria* – dovendo, conseguentemente, concorrere a definire al

canoni di autogoverno individuati per la gestione di un potere fundamentalmente libero». Cfr. A. Vallini, *Circostanze del reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, 60.

¹³² E' chiaro infatti che, nell'assenza di una previsione legislativa degli elementi fattuali circostanzianti, questi andranno comunque ricercati dal giudice fra quelli genericamente elencati dall'art. 133 c.p., che – come abbiamo già visto – con la sua elencazione onnicomprensiva esaurisce del reato l'intero "materiale" su cui fondare la valutazione in concreto della gravità del reato.

¹³³ Le circostanze indefinite sia esse attenuanti che aggravanti rimettono, dunque, al giudice l'individuazione e la valutazione degli elementi fattuali dal caso concreto eventualmente "significativi" per la variazione della pena accordando loro effetti extraedittali.

¹³⁴ Cfr. in tal senso A. Vallini, *Circostanze del reato*, cit., 58.

massimo la pena-base operando all'interno della cornice edittale - e ciò che deve, invece, considerarsi circostanza *propria* con la possibilità di sfondare i margini edittali.

E' necessario infine osservare, salvo poi soffermarsi più diffusamente nel capitolo successivo, che dato l'evidente difetto di legalità che caratterizza le circostanze indefinite in particolare sotto il profilo della loro indeterminatezza, esse dovrebbero essere ammissibili solo se attenuanti.

Alla luce delle riflessioni sviluppate nel presente paragrafo attorno alle «circostanze *obbligatorie*», alle «circostanze *discrezionali*», alle «circostanze *indefinite*» è possibile trarre una conclusiva riflessione: più cresce la tipicizzazione dell'elemento più diminuisce la discrezionalità giudiziaria, viceversa, minore è la sua definizione ed individuazione legislativa maggiore spazio verrà concesso alla valutazione del giudice.

Ricapitolando i nodi essenziali delle argomentazioni fin qui sviluppate, i tre modelli di tipicizzazione «totale», «parziale» ed «assente» svolgono diverse funzioni e pongono differenti problematiche. Più precisamente, il primo e l'ultimo assolvono opposte funzionalità (determinativo-*legale* l'uno e determinativo-*giudiziale* l'altro) e pongono problematiche di tipo strutturale-disciplinare difformi. Quanto alle «circostanze a tipicizzazione *totale*» a queste non è consentito caratterizzare ogni elemento ma solo quelli che possono fare a meno, sul piano logico-sostanziale, di una valutazione in concreto da parte del giudice. L'automatismo, frutto di una presunzione assoluta effettuata a monte dal legislatore, non appare infatti compatibile con le circostanze soggettive o comunque con tutti quegli elementi che necessitano di una valutazione concreta e nel merito di tipo valoriale. Le «circostanze a tipicizzazione *assente*» viceversa, riponendo nel giudice il compito di individuare la circostanza propria, confliggerebbero con le esigenze di garanzia sottese al principio di determinatezza ove previste nella forma aggravante. Da ultimo le «circostanze a tipicizzazione *parziale*», svolgono un interessante bilanciamento fra le istanze legalistiche e quelle discrezionali-giudiziarie contemplandole entrambe al loro interno. Anche queste, tuttavia, presentano delle gravi problematiche ove - a livello interpretativo-giurisprudenziale - se ne faccia un uso generico ed onnicomprensivo di fatto coincidente con quelle valutazioni libere sottese all'istituto delle «circostanze indefinite». Certo, talvolta la definizione parziale effettuata dal legislatore non aiuta affatto l'interprete dal momento che risulta vaga e detassativizzata e ciò (anche se non dovrebbe) finisce con autolegittimare il giudice a svincolarsi dal dato testuale e a considerare l'elemento come se fosse indefinito e come tale rimesso nella propria signoria quale frutto di un apprezzamento e valutazione intuitiva del caso concreto¹³⁵.

¹³⁵ In tal senso pare orientata, come avremo modo di vedere nel capitolo 3, un consistente filone giurisprudenziale in ordine all'istituto della recidiva. Attraverso il richiamo all'art. 133 c.p. nel valutare la maggiore colpevolezza e/o la maggiore pericolosità sociale si depositivizza la norma di quel segmento legislativamente individuando trasformandola in indefinita. Il giudizio valutativo del giudice diviene, infatti, onnicomprensivo in ordine a tutti gli elementi del caso concreto e volto alla individuazione della concreta sussistenza del disvalore aggravatore espresso dalla recidiva. La "recidiva" così interpretata finirebbe con il risultare un "termine-contenitore" del tutto vago che permette nei fatti al giudice di aggrava-

7.4 L'art. 63 c.p. ed il concorso omogeneo di circostanze

Analizzata la funzionalità ricoperta dalle diverse tipologie strutturali di circostanze del reato, occorre ora soffermare l'attenzione sulla funzione assolta da due diversi istituti che attengono alla disciplina del concorso di circostanze del reato. L'indagine avrà, pertanto, ad oggetto da un lato l'art. 63 c.p. che normativizza il concorso omogeneo e dall'altro l'art. 69 c.p. che, viceversa, si occupa dell'ipotesi di concorso eterogeneo di circostanze del reato.

Procedendo con ordine nella disamina sopra delineata, è necessario prendere le mosse dalla disciplina del concorso omogeneo di circostanze ed analizzarne le diverse ipotesi così come legislativamente differenziate nei commi due, tre, quattro e cinque dell'art. 63 c.p.¹³⁶.

I) Prendendo spunto dall'art. 63.2 c.p., questo testualmente afferma che « Se concorrono più circostanze aggravanti, ovvero più circostanze attenuanti l'aumento o la diminuzione di pena si opera sulla quantità di essa risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente ». Ebbene, come noto il disposto in esame si riferisce al concorso omogeneo di circostanze ad *efficacia comune* ed introduce un criterio *meccanicistico-aritmetico* che chiama il giudice a tante operazioni commisurative quante sono le circostanze concretamente integrate. Individuata la pena base, l'interprete procederà, dunque, ad x aumenti o ad y diminuzioni (a seconda si tratti di circostanze tutte attenuanti o tutte aggravanti) avendo quale limite massimo insuperabile di pena applicabile quello stabilito dagli artt. 66 e 67 c.p.¹³⁷

Ciò precisato in punto di disciplina, è d'uopo riflettere sul significato funzionale espresso dal criterio « meccanicistico-aritmetico » a cui il concorso omogeneo di circostanze ad efficacia comune è improntato. L'obbligo di applicare tutti gli aumenti o tutte le diminuzioni di pena a seconda del numero delle circostanze concretamente sussistenti, conseguenza questa propria dell'aritmetismo, si pone in consonanza per-

re la pena anche al di là dei limiti edittali tutte le volte in cui ravvisi nel caso concreto un disvalore tale da meritare il suddetto aggravamento. La recidiva in tale ottica diverrebbe a tutti gli effetti una circostanza aggravante indefinita. Forti i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale.

¹³⁶ Fin da subito è opportuno sottolineare che il concorso omogeneo di circostanze non ha visto uno studio approfondito specie in ottica funzionale in dottrina e ciò poiché è stato da sempre avvertito come scarsamente problematico. I contributi maggiormente rilevanti si sono comunque avuti all'indomani della riforma attuata con la legge n. 400/1984. Vedasi in particolare L. Concas, *Il novo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, 2296 ss.; D'Ascola, *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale dopo la riforma del 1974*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 984 ss.; G. de Vere, *Circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 46 ss.; G. Flora, *Commento all'art. 5 l. 31 luglio 1984, n. 400*, in *Legisl. pen.*, 1984, 387; F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, Torino, 1985.

¹³⁷ Più precisamente, il giudice deve calcolare un primo aumento od una prima diminuzione, alla stregua del criterio enunciato dall'art. 63.1 c.p., sulla pena-base del reato (idealmente considerato) semplice; poi, per la seconda circostanza, procede con un ulteriore aumento o un'ulteriore diminuzione, determinati sulla base della pena ottenuta dal precedente aumento o dalla precedente diminuzione; e così via per una (eventuale) terza e quarta circostanza: si ha, dunque, qui un concorso a cumulo materiale che giunge sino ai limiti previsti dagli artt. 66 e 67 c.p. Cfr. in tal senso M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, cit., 687.

fetta, quanto a coerenza logico-disciplinare, con il principio dell'obbligatorietà nell'applicazione dell'elemento circostanziante eletto e concretamente integrato. La disciplina appare, dunque, in perfetta sintonia con i principi che regolano la materia e pertanto sotto il profilo funzionale nulla si può dire se non che si richiama il giudice al rigore applicativo proprio degli elementi e, quindi, al legalismo più intenso, con conseguente esclusione di ogni tipo di valutazione discrezionale da parte del giudice che avrebbe potuto, altrimenti, portare alla mancata applicazione di uno o più aumenti o diminuzioni di pena. Questi non può, dunque, valutare a propria discrezione ciò che merita applicazione e ciò che, invece, non lo merita affatto^{138 139} E', infine, necessario osservare che l'art. 63.2 c.p. non prescrive alcun ordine progressivo del procedimento di variazione per le diverse circostanze: ciò, perché, trattandosi di elementi che importano una variazione frazionaria è indifferente l'ordine con il qua-

¹³⁸ Quanto appena osservato appare ineccepibile. Pur tuttavia, occorre ricordare che ove ci si trovi in presenza di circostanze a variazione di pena elastica, come tali assenti di una espressa definizione legislativa nel minimo, se applicate nella singola unità di misura ben possono dare luogo ad una loro sostanziale vanificazione sul piano commisurativo.

¹³⁹ Questo complesso procedimento pone precisi vincoli al giudice, non potendo egli limitarsi, nella motivazione, ad indicare la pena complessiva, ma avendo l'obbligo di indicare specificatamente ogni operazione di diminuzione o di aumento di pena conseguente all'applicazione delle attenuanti o delle aggravanti (giurisprudenza costante: cfr. Cass. pen., 8.6.1987, Femia, in *CED* 176582; Cass. pen., 17.5.1985, Morsia, in *CED* 169976; Cass. pen., 28.3.1980, Lotrecchio, in *CED* 145716, in *Cass. pen.*, 1982, 96), indirettamente favorendo un controllo sulla sua attività (sul punto, cfr. Cass. pen., 1.3.1986, Rossoni, in *CED* 172885; Cass. pen., 17.5.1985, Morsia, in *CED* 169976). Tale obbligo è tuttavia costantemente interpretato nella prassi, soprattutto meno recente, in senso talmente circoscritto che finisce con il coincidere essenzialmente con un'intuizione del giudice (in tal senso, A. M. Stile, *Il giudizio di equivalenza e prevalenza fra le circostanze*, cit., 97; Cass. pen., 11.3.1983, Lonero, in *Cass. pen.* 1984, 2189; Cass. pen., 29.3.1982, Boldon, in *Cass. pen.*, 1983, 1997. Critico M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 63, cit., 694 e, in giurisprudenza, Cass. pen., 14.1.1987, Cardile, in *Riv. pen.*, 1987, 632). Si ritiene infatti sufficiente il generico applicata in misura molto vicina a quella massima o l'aumento per la presenza di aggravanti sia di poco superiore al minimo (Cass. pen., 11.3.1983, Lonero, in *Cass. pen.*, 1984, 2189; Cass. pen., 2.10.1979, Caputa, in *CED* 14501984, in *Cass. pen.*, 1981, 1007; Cass. pen., 21.11.1972, Siotto, in *Cass. pen. massimario*, 1974, 109) o quantomeno, la misura dell'aumento o della diminuzione si mantenga nella media edittale (Cass. pen. 5.4.1968, Castiglione, in *CED* 108454), ovvero si richiede semplicemente l'indicazione delle ragioni che giustificano la sussistenza della circostanza, senza che sia necessaria un'analitica motivazione circa la misura della variazione per ciascuna delle circostanze applicate (Cass. pen., 8.6.1987, Femia, in *CED* 176582; Cass. pen. 2.10.1979, Caputa, in *CED* 145084, in *Cass. pen.*, 1981, 1007; Cass. pen., 15.12.1976, Pasi, in *CED* 136121, in *Cass. pen.*, 1978, 1298), dal momento che l'entità della modificazione rientrerebbe nella tipica facoltà discrezionale del giudice (Cass. pen., 9.12.1994, Cipriani, in *CED* 200641, in *Giust. pen.*, 1995, II, 675; Cass. pen., 17.10.2007, Cilia, in *CED* 238851). Tale atteggiamento giurisprudenziale sembra evolvere verso una maggiore esigenza di analiticità, richiedendosi, in sentenze ancora molto isolate, la specificazione dei criteri adottati per la graduazione della pena (Cass. pen., 7.6.1983, Guidi, in *Cass. pen.*, 1984, 1960.) e l'indagine su qualsiasi elemento che, in concreto, contribuisca a dare un peso minore o maggiore alla circostanza (Cass. pen., 20.6.1988, Siena, in *CED* 179202, in *Cass. pen.*, 1989, 1640). Non mancano tuttavia pronunce che, di fatto vanificandolo, ritengono adempiuto l'obbligo di motivazione in ordine alla misura delle riduzioni e degli aumenti di pena in applicazione di una circostanza, attraverso il ricorso, da parte del giudice, a formule quali "si ritiene congruo" o "si ritiene equo", piuttosto che "congrua riduzione" o "congruo aumento" (cfr. Cass. pen., 2.7.1998, Urrata, in *CED* 211582, in *Cass. pen.*, 2000, 627; Cass. pen., 11.4.1995, La Marca, in *CED* 201433, in *Cass. pen.*, 1996, 1167).

le si procede anche quando le circostanze in questione comportino aumenti o diminuzioni di entità diverse le une dalle altre¹⁴⁰. E' stato, tuttavia, osservato che questo meccanismo, improntato al cumulo materiale, progressivo per le aggravanti e regressivo per le attenuanti, si presenterebbe come *sfavorevole* al reo, in quanto la variazione di pena effettuata non già sulla pena-base ma sulla sanzione già aumentata o diminuita comporta maggiori aumenti e diminuzioni minori, senza che tale risultato appaia sorretto da una motivazione logica in quanto la circostanza calcolata per seconda incide pur sempre sulla sola pena-base e non è certo di per sé indice di maggior disvalore o, per converso, di un minore valore¹⁴¹.

Ebbene, quest'ultimo rilievo merita una più approfondita riflessione.

In astratto due appaiono i diversi modelli delineabili nell'ipotesi di concorso omogeneo di circostanze ad efficacia comune. Il primo, consiste nella progressiva applicazione degli aumenti e delle diminuzioni sulla base della pena risultante dal computo effettuato precedentemente. Tecnicamente nell'ipotesi in esame – che è quella prescelta dal legislatore italiano – le operazioni commisurative successive alla prima avverrebbero su di un valore numerico-quantitativo che non può propriamente definirsi come “pena-base”. Si tratta, infatti, di una misura *provvisoria* frutto delle diverse variazioni verificatesi a seguito delle precedenti incisioni. Pena-base + variazione circostanziate + variazione circostanziate + variazione circostanziate + [...] = pena finale; oppure pena-base - variazione circostanziate - variazione circostanziate - variazione circostanziate - [...] = pena finale. Il secondo modello, invece, prevede la valutazione di ogni singola circostanza in relazione alla pena-base della fattispecie semplice. Commisurate in questo modo le singole variazioni di pena, dovrebbero essere poi sommate fra di loro e fatte reagire sulla pena-base. Ciò osservato può, dunque, affermarsi che il primo modello analizzato si pone in una inequivocabile ottica di *sfavor rei* ed il secondo, invece, conduce a risultati aritmetici più favorevoli al reo. Occorre, dunque, indagare attentamente sulla *ratio* che ha ispirato la scelta legislativa e se questa può dirsi coerente con il sistema delle circostanze del reato considerato nel suo complesso. Ebbene, in ordine al fondamento sostanziale sotteso all'opzione legislativa si deve sottolineare come in questo caso il Rocco mostri ancora una volta il proprio volto severo nei confronti di chi si è macchiato della commissione di un reato. La scelta per un modello commisurativo che conduce a una elasticizzazione della fattispecie pluricircostanziata maggiore “verso l'alto” rispetto a quanto avvenga “verso il basso”, trova un suo speculare nelle *rationes* sottese agli artt. 66 e 67 c.p. Queste norme, infatti, stabiliscono limiti massimi agli aumenti o

¹⁴⁰ Così ad esempio se il sequestro di persona (art. 605 c.p.) è aggravato dalla minorata difesa e dalle relazioni domestiche (art. 61.1 n. 5 e n. 11 c.p.), il giudice determina prima la pena-base tra il minimo e il massimo edittali: supponendo che la fissi in tre anni di reclusione, procede all'aumento per la prima circostanza; supponendo che fissi in quattro anni la pena così aumentata, il secondo aumento (ancora fino ad un terzo, per l'art 64.1 c.p.) avviene su questi quattro anni, non sui tre (supponendo che aumenti di un terzo, l'aumento risulterà non già di un anno, ma di un anno e quattro mesi); e così d seguito.

¹⁴¹ Cfr. in tal senso G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., 406; T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 211.

alle diminuzioni in caso di concorso omogeneo in maniera differente a seconda che si tratti di aggravanti od attenuanti, prevedendo per le prime la possibilità di un'oscillazione maggiore rispetto alle seconde¹⁴². Ciò rilevato in punto di *ratio*, è d'uopo osservare che appare sicuramente maggiormente corrispondente ai principi regolatori il sistema delle circostanze ad efficacia comune (specie all'art. 63.1 c.p.) un modello disciplinare improntato sul secondo tipo sopra analizzato. La circostanza deve, infatti, relazionarsi direttamente con la fattispecie base che va a concretizzare e specificare. Non si comprende come a questa possa, viceversa, essere riconosciuta maggiore o minore capacità incisiva a seconda del momento dell'*iter* commisurativo in cui viene fatta operare. La variazione numerica è, infatti, strettamente correlata alla sola intensità di manifestazione, come questa apprezzata dal giudice¹⁴³ o rigidamente prestabilita dal legislatore¹⁴⁴. Non può farsi dipendere dal casuale momento della cadenza commisurativa in cui si inserisce. I suddetti rilievi fanno, dunque, propendere per dichiarare l'irrazionalità dell'opzione legislativa ed auspicarne così una sua riforma in ottica *de jure condendo*. In altre parole ed abbandonando ogni (fuorviante) apprezzamento in ordine a quale disciplina determini il trattamento più favorevole al reo¹⁴⁵, la caratterizzazione del fatto pluricircostanziato in termini valoriali o disvaloriali deve essere correlata alle singole circostanze ed al loro peso incisivo così come aritmeticamente sommato e non agganciarsi ad un criterio del tutto casuale rimesso nelle mani del giudice che nulla ha a che fare con la logica-sostanziale sottesa al singolo elemento. Il "peso" della circostanza propria verrebbe così a proporzionarsi non esclusivamente (come dovrebbe essere) all'intensità concretamente manifestata ma anche, ad un criterio pratico-applicativo del tutto arbitrario (*id est* il posto che viene a ricoprire nell'*iter* commisurativo stabilito dal giudice).

Al fine di rendersi conto delle osservazioni fin qui sviluppate basti porre mente alle seguenti due esemplificazioni. Se la pena base di 9 anni di reclusione si aumenta di 1/3 in forza di una prima aggravante, si otterrà il valore intermedio di 12 anni di reclusione a cui se si applicherà un secondo aumento di 1/3, si giungerà alla pena finale di 16 anni di reclusione. Viceversa, procedendo ad effettuare le singole opera-

¹⁴² Avendo quale riferimento il caso più semplice, ovvero quello della contestuale presenza di più circostanze tutte ad efficacia comune, il giudice non potrà, infatti, applicare una pena: per effetto degli aumenti superiore al triplo del massimo edittale e per effetto delle diminuzioni inferiore ad un quarto della pena-base. Ebbene, è d'uopo osservare *in primis* che la variazione «del triplo» è una variazione ben maggiore di quella «di fino a tre quarti» accordata al concorso di attenuanti ed in secondo luogo che le aggravanti vengono fatte operare sulla pena massima edittale e non sulla pena-base (cosa che accade, invece, per le attenuanti). Appare, dunque, chiaro come non vi sia proporzione fra i limiti legislativamente posti in caso di concorso omogeneo di aggravanti e di attenuanti. Nel primo caso si potranno, infatti, raggiungere tetti di pena (e quindi oscillazioni) di gran lunga superiori rispetto a quanto consentito alle attenuanti. Una disciplina che volesse considerare, invece, in maniera paritaria le due ipotesi concorsuali avrebbe dovuto accordare anche al concorso omogeneo di circostanze aggravanti una variazione nel massimo non superiore a tre quarti della pena base.

¹⁴³ Nelle circostanze a variazione di pena proporzionale elastica.

¹⁴⁴ Nelle circostanze a variazione di pena proporzionale fissa.

¹⁴⁵ Quello del *favor rei* appare, infatti, un criterio di tipo processuale, ben potendo, invece, sul piano sostanziale il legislatore propendere per la scelta di una disciplina più sfavorevole al reo.

zioni sulla pena-base di 9 anni tutte – essendo variazioni di $1/3$ – daranno luogo a 3 anni di reclusione. Quindi, 3 anni (per la prima aggravante), sommati ai 3 anni (per la seconda aggravante), sommati infine alla pena-base di 9 anni danno luogo ad una pena finale (diversa e minore) di 14 anni di reclusione. Parimenti può dirsi in caso di concorso omogeneo di circostanze attenuanti ad efficacia comune. Se la pena-base di 9 anni di reclusione si diminuisce di $1/3$ in forza di una prima attenuante, si otterrà il valore intermedio di 6 anni di reclusione a cui se si applica una seconda diminuzione di $1/3$ si avranno, quale pena finale, 2 anni di reclusione. Viceversa, procedendo ad effettuare le singole operazioni sulla pena-base di 9 anni tutte – essendo variazioni di $1/3$ – daranno luogo a 3 anni di reclusione. Quindi, 3 anni (per la prima attenuante), sommati ai 3 anni (per la seconda attenuante), sottratti, infine, alla pena-base di 9 anni danno luogo ad una pena finale (diversa e maggiore) di 3 anni di reclusione.

In conclusione, la disciplina adottata dall'art. 63.2 c.p. appare *irrazionale* alla luce del complesso normativo che caratterizza la materia e delle osservazioni in ordine a *ratio* e *funzione* effettuate nel presente capitolo e in quello precedente. Necessaria si impone, dunque, una urgente riforma sul punto sull'impronta dei criteri sopra esaminati.

II) L'art. 63.3 c.p., così come riformato dalla legge 31 luglio 1984, n. 400, regola i casi di concorso omogeneo fra una circostanza con pena di specie diversa (*id est* autonoma), o una circostanza con variazione non dipendente dalla pena ordinaria del reato (*id est* indipendente), o una circostanza con un aumento o una diminuzione frazionaria superiore ad un terzo (*id est* ad effetto speciale) ed una o più circostanze con variazione frazionaria inferiore o uguale ad un terzo (*id est* ad efficacia comune). Ebbene, rispetto al comma in esame valgono, sotto il profilo funzionale, le osservazioni appena svolte per il comma precedente. Più precisamente, infatti, l'art. 63.3 c.p. primo alinea afferma che « Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o si tratta di circostanza ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta ». In buona sostanza, la norma introduce una peculiare disciplina di quelle operazioni commisurative che debbono essere eseguite dall'organo giudiziario ove nel caso di concorso omogeneo accanto ad una o più circostanze ad efficacia comune, concorra una circostanza ad efficacia speciale o una circostanza ad effetto speciale. La disposizione in esame appare dettare una disciplina che si pone in perfetta coerenza logica con la *ratio* sottesa al meccanismo aritmetico stabilito ex art. 63.2 c.p. Il peculiare ordine di computo oggetto del disposto normativo è, infatti, strettamente correlato all'esigenza di dare sfogo ed applicazione a tutti gli elementi circostanzianti in concorso. Si vuole così evitare che il giudice, scegliendo discrezionalmente quali operazioni commisurative svolgere prima e quali dopo, possa di fatto non dare applicazione a talune circostanze, i cui effetti risulterebbero cancellati dalle successive operazioni di aumento o di diminuzione. L'unica aporia logica che affligge la norma appare legata alla disciplina accordata al concorso fra una o più circostanze ad efficacia comune ed una circostanza ad effetto speciale. In questa ipotesi non ha, infatti, alcun senso stabilire un ordine di computo, stante il fatto che entrambe le tipologie circostanziali presentano

una struttura disciplinare a variazione proporzionale frazionaria, differenziandosi solo in ordine al *quantum* dell'aumento o della diminuzione massima. Ciò precisato, un'attenta dottrina¹⁴⁶ ha ritenuto che il caso in esame deve essere ricondotto nell'alveo dell'art. 63.2 c.p. regolato dall'indifferenza dell'ordine delle operazioni commisurative e non nell'art. 63.3 c.p.¹⁴⁷.

Contrariamente alle osservazioni appena svolte, l'applicazione in un momento diverso da quello iniziale della circostanza ad efficacia speciale (indipendente od autonoma) provocherebbe una elisione delle circostanze ad efficacia comune o ad effetto speciale precedentemente applicate. Le circostanze indipendenti e quelle autonome, infatti, nel ricalcolare la pena della fattispecie circostanziata hanno come esclusivo riferimento la cornice edittale del reato semplice e prescindono da ogni riferimento alla pena-base o all'unità di misura (provvisoria) frutto del risultato dell'applicazione della circostanza a variazione proporzionale. E', dunque, in questa ipotesi che si apprezza la funzione legalistica consentanea al principio di obbligatorietà dell'applicazione degli elementi circostanzianti, realizzata dall'ordine di computo che disciplina il meccanismo aritmetico su cui si incardina.

A fini chiarificatori, è d'uopo procedere con il seguente esempio. Se il sequestro di persona (art. 605 c.p.) è aggravato dalla minorata difesa (art. 61.1 n. 5 c.p.), dal fatto che è stato commesso ai danni di un minore (art. 605.2 c.p.) e all'interno o nelle adiacenze di un istituto di istruzione o di formazione (art. 61.1 n. 11 *ter* c.p.), il giudice dovrà seguire un computo ben preciso. Innanzitutto applicherà l'aggravante indipendente *ex art.* 605.2 c.p.; ricalcolata la cornice edittale (da tre a dodici anni) ed individuata la pena-base dovrà, poi, procedere (ora sì in maniera indifferente) ad applicare gli aumenti frazionari – entrambi fino ad un terzo – *ex art.* 61.1 n. 5 e n. 11 *ter*. Operare diversamente, ad esempio applicando prima l'aggravante della minorata difesa, poi quella della minore età e quindi l'art. 61.1 n. 11 *ter*, significherebbe elidere la prima aggravante. La circostanza indipendente impone, infatti, al giudice di prescindere dall'unità di misura provvisoriamente fissata (*ex art.* 605.1 e 61.1 n. 5) e di ricalcolare la forbice edittale (da tre a dodici anni), all'interno della quale individuerà, poi, la pena-base e procederà con il solo aumento *ex art.* 61.1 n. 11 *ter*.

III) Ben più interessanti e problematici sotto il profilo funzionale appaiono, infine, i commi 4° e 5° dell'art. 63 c.p. Questi si occupano del concorso omogeneo in tutti quei casi ricorrano due o più circostanze ad efficacia speciale o ad effetto speciale, assieme o meno a circostanze ad efficacia comune. I disposti normativi in esame recitano testualmente che: «Se concorrono più circostanze aggravati [attenuanti] tra quelle indicate nel secondo capoverso del presente articolo, si applica soltanto la pe-

¹⁴⁶ Cfr. in tal senso M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, cit., 690.

¹⁴⁷ Per rendersi conto di quanto appena osservato basti porre mente al seguente esempio. Se il sequestro di persona (art. 605 c.p.) è aggravato dalla minorata difesa (art. 61.1 n. 5 c.p.) e dalla finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 1.1 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625), che importando l'aumento della metà è circostanza ad effetto speciale, è indifferente, ai fini del risultato del computo, che si calcoli prima l'aumento maggiore.

na stabilita per la circostanza più [meno] grave; ma il giudice può aumentarla [diminuirla]».

Alla luce della lettera della norma, la regola per tali ipotesi è, dunque, che – qualunque sia il loro numero – si proceda ad *un solo aumento*, o ad *una sola diminuzione*, corrispondentemente alla circostanza che importa l'aumento o la diminuzione maggiore. Si introduce, pertanto, un concorso a *cumulo giuridico*, in contrapposizione al concorso a *cumulo materiale*, di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 63 c.p., ma il giudice può aumentare o diminuire (nella misura fissata dagli artt. 64 e 65 c.p.) la pena in tal modo determinata¹⁴⁸.

Ebbene, appare qui evidente come il meccanismo legalistico improntato al calcolo aritmetico di tutte le variazioni quanti sono gli elementi circostanzianti in concorso, sia abbandonato dallo stesso legislatore in favore di un giudizio di tipo *sintetico-discrezionale* riposto nelle mani del giudice. Questi procederà, infatti, con la seguente cadenza nelle operazioni commisurative: *in primis* valuterà e quantificherà (a seconda della loro intensità di manifestazione) tutte le circostanze ricorrenti nel caso concreto *singolarmente* come se il concorso non esistesse; in secondo luogo raffronterà i risultati ottenuti dalle operazioni misurative precedentemente svolte al fine di selezionare quale è la «circostanza più/meno grave» e cioè quella che presenta in concreto la maggiore capacità incisiva¹⁴⁹; infine, il giudice potrà discrezionalmente decidere se applicare ulteriori aumenti o ulteriori diminuzioni (quante sono le circostanze «soccumbenti») fino ad un terzo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Sebbene non sia previsto espressamente il caso in cui due o più circostanze importino un aumento o una diminuzione eguale, logica vuole che anche in questo caso il giudice possa aumentare o diminuire (ancora nella misura di cui agli artt. 64 e 65 c.p.) la pena determinata per una (qualsiasi) delle circostanze.

¹⁴⁹ Si tratta di una operazione da effettuarsi in concreto e non un raffronto in astratto. Ciò poiché non avrebbe senso rispetto ad elementi dotati di funzionalità concretizzatrice e che si pongono con i loro effetti nel momento commisurativo della pena un raffronto meramente astratto fra ipotetiche cornici editali come queste ridisegnate. L'operazione valutativa in ordine alla gravità deve necessariamente essere condotta in concreto e cioè in relazione al singolo elemento, alla sua intensità di manifestazione fenomenica e alla sua concreta capacità incisiva sulla pena. Si badi bene, un raffronto meramente astratto non può essere neppure condotto fra circostanze tutte di tipo indipendente, stante il fatto che l'elemento circostanziale eletto che ridetermina con i propri effetti la pena editale con una funzionalità che si estrinseca sul solo piano astratto di determinazione legale della fattispecie, ricopre pur sempre un ruolo nell'orientamento nella commisurazione all'interno della cornice editale della fattispecie circostanziata. Pertanto, anche in questo caso, similmente alle circostanze ad efficacia comune devono essere concretamente commisurate le pene e raffrontate. Unica eccezione può ravvisarsi ove ricorrano circostanze ad effetto speciale e/o indipendenti ed una circostanza autonoma. In questo caso il mutamento della *species* della pena deve ritenersi – in una valutazione astratta – sempre meno grave. *Contra*, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, cit., 690.

¹⁵⁰ In ordine all'ultimo profilo esaminato, che interpreta le espressioni «la pena può essere aumentata» - «la pena può essere diminuita» intendendo che le circostanze soccombenti si trasformano in circostanze ad efficacia comune, potendo (essendo facoltative) importare una variazione in aumento o in diminuzione elastica fino a un terzo. Vedasi Cass., Sez. un., 8.04.1998, Vitrano, in *CED* 210709, pubblicata anche in *Cass. pen.*, 1998, 2907.

La disciplina appena esaminata impone, tuttavia, talune considerazioni e riflessioni critiche.

Sul piano funzionale, occorre osservare che al legislatore preme assicurare l'applicazione dell'elemento circostanziale "caratterizzante" il fatto storico di reato e cioè quello che in concreto presenta una maggiore intensità e capacità incisiva sul *quantum* di pena irrogabile. In tale ottica tutte le altre circostanze perdono di rilievo ed interesse a livello legislativo, tant'è che sono rimesse al prudente e discrezionale apprezzamento del giudice. Più precisamente, è necessario sottolineare che la disciplina dettata dall'art. 63.4 e 63.5 c.p. trasforma¹⁵¹ gli elementi circostanzianti non ri-

¹⁵¹ In dottrina si è osservato che in questo caso la circostanza soccombente, che consente al giudice di applicare un ulteriore aumento o diminuzione di pena, si trasforma da circostanza a efficacia speciale in circostanza facoltativa a efficacia comune, non avendo predeterminato il legislatore l'ammontare della variazione di pena che il giudice può apportare. Cfr. in tal senso T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 255; *contra* G. Marini, *Le circostanze del reato*, cit., 246, il quale ha negato che l'aumento possa essere ricondotto in tutto e per tutto alla logica delle circostanze in senso tecnico. Interessante è la posizione della giurisprudenza di legittimità sul punto. La Corte di Cassazione a Sezioni unite ha, infatti, affermato che la trasformazione, che vede la propria scaturigine nella soccombenza di taluni elementi, non coinvolge la natura della circostanza che rimarrebbe, pertanto, sempre ad efficacia speciale o ad effetto speciale, ma opererebbe sul solo e diverso piano della disciplina degli effetti di variazione. Vedasi Cass., Sez. un., 8.04.1998, Vitrano, cit. Ebbene, la posizione assunta dalla Corte di Cassazione non convince affatto dal momento che pretende di scindere natura ed effetti, dimenticando che la "natura" (sarebbe meglio dire la tipologia classificatoria all'interno della quale è possibile inquadrare un determinato elemento circostanziale) è dettata proprio dalla disciplina. Nella materia delle circostanze del reato, il legame fra disciplina e natura è strettissimo, è proprio la prima a delineare le caratteristiche strutturali e funzionali di ogni singola circostanza propria. Scinderle non avrebbe pertanto alcun significato, anzi significherebbe nel profondo la rinuncia, se non propriamente l'avversione, nei confronti degli studi che si incentrano proprio sulla disciplina. La qualificazione "ad efficacia speciale" come quella "ad efficacia comune" è, infatti, una formula esplicativa di un particolare procedimento di incisione sulla misura della pena. Se cambia il meccanismo/disciplina muta necessariamente anche la natura dell'elemento. Non vi è, infatti, alcuno iato fra natura e disciplina: la disciplina identifica la natura dell'elemento circostanziale. Si badi bene, occorre infine osservare che il suddetto "effetto di trasformazione" dell'elemento non pare porre particolari problemi di plausibilità. E', infatti, lo stesso legislatore a riqualificare (ex art. 63.4 e 63.5 c.p.) la capacità operativa sul piano applicativo-commisurativo dell'elemento circostanziale, in un primo momento strutturato/disciplinato in un determinato modo e successivamente - stante la presenza di altre circostanze dello stesso segno e tipologia classificatoria - considerato in termini differenti. Non è tanto, dunque, il capriccio del giudice nell'inserimento dell'elemento in un punto diverso dell'*iter* commisurativo a determinare la mutazione, ma è il legislatore che prevede tale conseguenza imponendo al giudice un rigido meccanismo per individuare il termine primo da applicare. Quanto appena osservato appare ineccepibile. Pur tuttavia, occorre ricordare che ove ci si trovi in presenza di circostanze a variazione di pena *elastica* assenti di una espressa definizione legislativa nel minimo, se applicate in aumento o in diminuzione nella singola unità di misura della pena-base, il giudice le "vanifica" nella loro capacità incisiva quali-quantitativa, assestandosi su livelli pressoché identici alla fattispecie semplice. La qualificazione "ad efficacia speciale" come quella "ad efficacia comune" è, infatti, una formula esplicativa di un particolare procedimento di incisione sulla misura della pena. Se cambia il meccanismo/disciplina muta necessariamente anche la natura dell'elemento. Non vi è, infatti, alcuno iato fra natura e disciplina: la disciplina identifica la natura dell'elemento circostanziale. Si badi bene, occorre infine osservare che il suddetto effetto di trasformazione dell'elemento non pare porre particolari problemi di plausibilità. E', infatti, lo stesso legislatore a riqualificare (ex art. 63.4 e 63.5 c.p.) la capacità operativa sul piano applicativo-commisurativo dell'elemento circostanziale, in un primo momento strutturato/disciplinato in un

tenuti “più/meno gravi” in circostanze *facoltative*, ad *efficacia comune* con variazione di pena *elastica*. Il giudice viene cioè investito di un potere vastissimo discrezionale-qualitativo con capacità incisiva sia sul *quantum*, sia sull'*an* della circostanza. Questi può, infatti, liberamente ed indipendentemente dalla previsione legislativa attribuire il valore che più ritiene opportuno all'elemento (nei limiti di un terzo¹⁵²). Si badi bene, non solo il giudice è libero di individuare in concreto la capacità incisiva sul *quantum* di pena¹⁵³, ma può anche decidere a propria discrezione di non applicare alcun aumento o diminuzione rispetto ad elementi concretamente realizzatisi.

Quale il senso e la logica della suddetta disciplina? Può dirsi questa coerente con i presupposti esaminati nei commi 2° e 3° dell'art. 63 c.p., oppure si pone in insanabile contrasto?

Rispondere ai suddetti interrogativi impone una comprensione profonda dell'istituto ed un'analisi “differenziata” a seconda delle diverse ipotesi che questo contempla al suo interno.

a) In primo luogo occorre, pertanto, incentrare l'attenzione sull'ipotesi in cui concorrano *più* circostanze *tutte* ad *efficacia speciale*. Ebbene, in questo caso i disposti normativi di cui ai commi 4° e 5° presentano un'innegabile coerenza logica con le *rationes* sottese alla disciplina dettata dal comma 2° e 3°. Prevedere, infatti, che qualunque sia il numero delle circostanze il giudice dovrà applicare un solo aumento o una sola diminuzione in corrispondenza con la circostanza che importa il maggiore aumento ovvero la maggiore diminuzione e che comunque potrà facoltativamente aumentare o diminuire - fino ad un terzo per ogni circostanza soccombente - la pena così determinata, permette di superare, stante l'impossibilità di una loro contestuale applicazione, il rischio della pratica elisione dell'uno o dell'altro elemento ad efficacia speciale. L'ipotesi *de qua*, se da un lato, dunque, si muove in una sostanziale continuità con i valori e le esigenze sottese alla disciplina del concorso omogeneo (*id est* la conservazione dell'elemento), dall'altro lato viene, tuttavia, a caratterizzarsi per inoculare nel sistema un seme di incoerenza. Più precisamente, le circostanze ritenute meno (o più) gravi e come tali soccombenti vengono (ri)caratterizzate dallo stesso legislatore nei termini della *facoltatività*: la loro applicazione è così subordinata ad una valutazione libera del giudice. Ebbene, la suddetta caratterizzazione in punto di disciplina si pone in evidente frizione con il sistema delle circostanze del reato ed in particolare con il principio dell'obbligatorietà della loro applicazione. Si potrebbe, dunque, ipotizzare - *de jure condendo* - una riforma che preveda la sostituzione del termine « può » con « deve » *aumentare la pena*. Così operando, si imporrebbe al giudice l'obbligo di considerare tutti gli elementi circostanzianti ricorrenti nel caso

determinato modo e successivamente – stante la presenza di altre circostanze dello stesso segno e tipologia classificatoria – considerato in termini differenti.

¹⁵² Essendo, infatti, il riferimento – in assenza di una specifica disposizione sul punto – all'art. 64 e 65 c.p. la variazione di pena è di tipo elastico contemplando in capo al giudice un potere quali-quantitativo di notevole portata. Per le diffuse osservazioni sul punto si rinvia in particolare al paragrafo 7.1 del presente capitolo. In giurisprudenza vedasi sempre Cass., Sez. un., 8.04.1998, Vitrano, cit.

¹⁵³ E questo anche nel caso l'elemento circostanziale abbia una variazione di pena *fissa* essendo “trasformata” in *elastica*.

concreto, riconducendo l'ipotesi di cui al 4° e 5° comma al modello *sub* 3° comma dell'art. 63 c.p. Il giudice sarebbe, dunque, ricondotto nell'alveo dei principi informativi la materia¹⁵⁴.

b) In secondo luogo occorre porre mente, invece, al caso di concorso omogeneo fra una circostanza ad *efficacia speciale* ed una o più circostanze ad *effetto speciale*, assieme o meno ad una o più circostanze ad efficacia comune. Questa ipotesi appare particolarmente problematica. Il giudice è, infatti, chiamato dalla norma a "pesare" la circostanza ad efficacia speciale e la/le circostanze ad effetto speciale e, individuata la più/meno grave, ad applicare solo questa con conseguente soccombenza delle altre, salvo la possibilità di essere considerate come circostanze ad efficacia comune. Ebbene, una disciplina più coerente con le *rationes* sottese ai commi precedenti ed alla funzione propria del meccanismo a variazione di pena proporzionale elastica, avrebbe dovuto prevedere l'applicazione di *tutte* le circostanze secondo lo schema di cui all'art. 63.3 c.p. In buona sostanza, in tale ottica l'interprete dovrebbe prima applicare la circostanza ad efficacia speciale (indipendente od autonoma) e successivamente tutte le circostanze a variazione proporzionale della pena, sia esse ad effetto speciale che ad efficacia comune. La norma, viceversa, opta per investire il giudice di un potere vastissimo di tipo discrezionale-qualitativo, con capacità incisiva sia sul *quantum*, sia sull'*an* delle circostanze soccombenti. Il meccanismo positivizzato potrebbe portare a delle incongruenze sul piano applicativo di non poco conto. Rispetto a fatti di reato caratterizzati in maniera marcatamente differente dalla presenza di elementi circostanzianti si potrebbe giungere, infatti, a risultati numerico-quantitativi a dir poco paradossali. Al fine di rendersi conto di ciò, basti porre mente alle seguenti due esemplificazioni e raffrontarne i risultati. Una rapina in gioielleria (art. 628 c.p.) aggravata per l'aver il colpevole commesso il fatto durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato di cattura, spedito per un precedente reato (*ex* art. 61.1 n. 6 c.p.) ed aggravata dall'aver cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61.1 n. 7 c.p.), potrebbe (fissata la pena-base nel minimo edittale e accordata una variazione per entrambe le circostanze di un terzo) essere punita con la pena finale di 5 anni e 4 mesi di reclusione. Una simile rapina in gioielleria (art. 628 c.p.), aggravata tuttavia dall'aver commesso la violenza o la minaccia con armi (art. 628.2 n. 1 c.p.), per essere il reo recidivo specifico (art. 99.2 c.p.), per avere il colpevole commesso il fatto durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato di cattura, spedito per un precedente reato (*ex* art. 61.1 n. 6 c.p.) e per avere cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61.1 n. 7 c.p.), potrebbe (riconosciuta quale circostanza più grave in concreto quella ad efficacia speciale di cui all'art. 628.2 n. 1 c.p.) essere punita con 4 anni e sei mesi di reclusione e la multa di € 1.032. Ebbene, raffrontando i due esempi appare chiaro come, sebbe-

¹⁵⁴ Evidente come l'interpretazione prospettata tenda a valorizzare le istanze legalistiche sottese alla disciplina delle circostanze del reato con contestuale compressione del potere discrezionale-valutativo giudiziario.

ne il primo presenti due sole circostanze in concorso entrambe ad efficacia comune – come tali sottoposte al meccanismo aritmetico dettato dall'art. 63.2 c.p. – conduce (qui il paradosso) ad una pena finale maggiore rispetto alla seconda ipotesi nella quale le circostanze in concorso sono ben quattro, di cui una ad efficacia speciale ed una ad effetto speciale¹⁵⁵.

c) Una terza ipotesi riconducibile all'interno del dettato disciplinare di cui all'art. 63.4 e 63.5 c.p. è rappresentata dal concorso omogeneo fra *più* circostanze ad *efficacia speciale* e *una o più* circostanze ad *effetto speciale*, assieme o meno a circostanze ad efficacia comune. Ebbene, nel caso in esame valgono le osservazioni critiche appena sviluppate. La disciplina codicistica appare, infatti, anche qui in aperto contrasto con le *rationes* sottese al concorso omogeneo e all'obbligatorietà dell'applicazione degli elementi circostanzianti. Più coerentemente, si dovrebbe infatti – sempre in ottica *de jure condendo* - prevedere che le circostanze ad *efficacia speciale* soccombenti, in quanto non applicate per prime, vengano trasformate in circostanze ad efficacia comune senza la previsione della facoltatività dell'applicazione della variazione di pena e che le circostanze ad *effetto speciale* e quelle ad *efficacia comune* trovino applicazione così come disciplinate dal legislatore. Così ridefinito il procedimento logico-commisurativo, nell'ipotesi specifica di concorso omogeneo in esame, verrebbe improntato al computo aritmetico con valorizzazione delle istanze legalistiche e contestuale compressione della discrezionalità giudiziaria relegata ai soli aspetti indispensabili e comunque sul piano meramente quantitativo¹⁵⁶. L'impostazione codicistica che conduce alla obbligatoria applicazione della sola circostanza più/meno grave, potrebbe, parimenti alla ipotesi analizzata *sub b*), condurre a risultati sul piano pratico-applicativo paradossali, approdando a irrogazioni di pene irrazionali se raffrontate ad ipotesi simili più gravemente o più lievemente caratterizzate.

d) In quarto luogo, infine, è necessario soffermare l'attenzione sul concorso omogeneo fra *più* circostanze ad *effetto speciale* assieme o meno a circostanze ad efficacia comune. Anche quest'ultima ipotesi risulta particolarmente problematica e in sostanziale incoerenza con i principi regolatori la materia ed in particolare con il disposto di cui all'art. 63.2 c.p. e il concetto di “circostanze a variazione di pena proporzionale” come disciplinato *ex art.* 63.1 c.p. In luogo di procedere all'applicazione della sola circostanza ad effetto speciale ritenuta in concreto più/meno grave e trasformare tutte le concorrenti circostanze in facoltative ad efficacia comune, il giudice dovrebbe infatti più semplicemente procedere all'applicazione di tutte le circostanze così come positivizzate. Quanto appena rilevato può ragionevolmente concludersi osservando semplicemente che le circostanze soccombenti sono tutte (sia esse ad ef-

¹⁵⁵ Applicando, viceversa, il diverso criterio commisurativo prospettato in una logica di riforma dell'art. 63.4 e 63.5 c.p. al secondo esempio fatto si giungerebbe – fissata sempre la pena-base nel minimo edittole, dopo avere ovviamente applicato la circostanza ad efficacia speciale per prima – ad una maggiore pena che potrebbe oscillare (stante il fatto che si tratta tutte di circostanze a variazione di pena proporzionale *elastica*) fra 4 anni, 6 mesi e 3 giorni di reclusione e 12 anni, 3 mesi e 12 giorni di reclusione.

¹⁵⁶ Questa, infatti, la conseguenza della trasformazione dell'elemento in circostanza ad efficacia comune.

fetto speciale che ad efficacia comune) a variazione di pena proporzionale, come tali ben disciplinate dal criterio meccanicistico-aritmetico di cui all'art. 63.2 c.p.

Nonostante le analitiche osservazioni, anche alla luce delle specifiche riflessioni mosse in ottica riformatrice dell'attuale assetto disciplinare, fin qui effettuate, è necessario constatare che l'analisi non può dirsi ancora conclusa. E' d'uopo, infatti, sviluppare alcune considerazioni conclusive in ordine ai principali nodi problematici emersi dall'analisi del disposto normativo di cui all'art. 63 c.p.

La prima riflessione che intendiamo effettuare attiene al fatto che, a ben vedere, il principio dell'obbligatorietà dell'applicazione dell'elemento circostanziente concretamente integrato, sebbene vivifichi la materia dal momento che vieta la costruzione disciplinare di elementi circostanzianti strutturati in modo da conferire al giudice una discrezionalità c.d. bifasica, è del tutto assente negli istituti che disciplinano il concorso. In queste ipotesi *ex art.* 63 e 69 c.p. il legislatore prevede, infatti, quale regola di fondo la *facoltatività*. Sebbene quanto appena constatato non avvenga in maniera espressa, appare questa (*id est* la facoltatività nell'applicazione della circostanza) l'inequivocabile conseguenza della soccombenza. Effetto quest'ultimo comune e caratteristico delle scelte valutativo-discrezionali del giudice sottese agli artt. 63.4 e 5 e 69 c.p.¹⁵⁷

La seconda riflessione riguarda poi più specificamente la « facoltatività » e la « trasformazione » degli elementi soccombenti in circostanze ad efficacia comune. Una domanda qui si impone. Perché il legislatore propende per tali effetti proprio nei casi più complessi in cui l'aritmetismo meccanicistico avrebbe condotto alle variazioni più significative? Perché affidare al giudice e alla sua valutazione discrezionale-qualitativa i fatti pluricircostanzianti più articolati¹⁵⁸? Ebbene, la risposta all'interrogativo appena posto va ricercata proprio nell'ultimo aspetto evidenziato: in questo è, infatti, custodito il senso della scelta legislativa. La valorizzazione del ruolo del giudice e del suo potere discrezionale in ottica qualitativa che gli conferisce il potere di porre nel nulla la scelta legislativa, dipende proprio dal fatto che il calcolo aritmetico di tutte le circostanze (e, quindi, il loro "cieco" computo) avrebbe potuto assestare la pena su livelli (sebbene pur sempre contenuti nei limiti di cui agli artt. 66 e 67 c.p.) in sostanziale disarmonia con il disvalore espresso dalla fattispecie semplice, a cui la variazione di pena proporzionale è avviluppata da un legame ombelicale. Una discrezionalità, dunque, in grado di contenere eventuali eccessive oscillazioni in aumento o in diminuzione della pena, così da mantenere la risposta sanzionatoria

¹⁵⁷ Per di più è d'uopo sottolineare come il potere discrezionale di scegliere ciò che è più/meno grave (*ex art.* 63.4 e 5 c.p.) e ciò che è prevalente/soccombente (*ex art.* 69 c.p.) si pone a monte delle operazioni commisurative in una fase di determinazione legale della fattispecie circostanziata. Tale circostanza conferisce al giudice un marcato potere discrezionale-qualitativo di modulazione della fattispecie anche in difformità alla realtà concreta. Occorre, tuttavia, al contempo osservare che tale capacità demiurgica viene riconosciuta ed attribuita dallo stesso legislatore rispetto a situazioni complesse, dove il simultaneo concorso di più circostanze dello stesso o di diverso segno rendono particolarmente difficile l'apprezzamento del concreto disvalore espresso dal fatto di reato.

¹⁵⁸ Di cui al modello *sub III*).

anche nel caso di reato pluricircostanziato in una logica dialettico-valoriale con la pena-base. Propendere per un modello differente provocherebbe, infatti, un'eccessiva divaricazione quantitativa fra fattispecie circostanziata e fattispecie base, senza che a ciò corrisponda una così profonda mutazione valoriale¹⁵⁹. Tale finalità, sottesa al disposto di cui agli artt. 63.4 e 63.5 c.p. va, tuttavia, incontro ad alcune fatali obiezioni, dal momento che il suddetto obiettivo è già assolto nel nostro ordinamento dagli istituti di cui agli artt. 66 e 67 c.p. La previsione di limiti numerici massimi nella parte generale al di sopra (art. 66 c.p.) o al di sotto (art. 67 c.p.) dei quali non si può salire o scendere per la presenza di circostanze è prevista, infatti, al preciso scopo – questa la *ratio* – di evitare il raggiungimento di sanzioni eccessive o inaccettabilmente basse¹⁶⁰. Più precisamente, i limiti contemplati dalle norme *de quibus* sono uno di carattere generale e proporzionale e altri di carattere specifico e fisso in rapporto alle singole pene, nonché si differenziano in caso di presenza di circostanze ad efficacia speciale o ad effetto speciale¹⁶¹. In quest'ultimo caso di reato pluricircostanziato è necessario osservare che il grado di oscillazione della sanzione aumenta notevolmente. Ebbene, prima di effettuare alcune riflessioni conclusive sul punto, occorre interrogarsi sul senso di tale regime differenziato *ex* artt. 66 e 67 c.p. fra circostanze ad efficacia speciale e circostanze ad efficacia comune. Il legislatore in presenza di circostanze ad efficacia comune è come se avvertisse la necessità di avvicinare il più possibile i valori numerici della pena irrogabile a seguito delle variazioni circostanzianti alla pena-base. Il cordone ombelicale caratteristico della variazione proporzionale fa, infatti, nitidamente percepire il disvalore espresso dal fatto pluricircostanziato in stretta correlazione con quello del reato semplice, così da imporre una manovra che irrigidisca le maglie dell'oscillazione e, conseguentemente, del potere discrezionale-quantitativo del giudice¹⁶². Ove, viceversa, ricorrano circostanze ad efficacia speciale o ad effetto speciale¹⁶³ la possibilità che la pena finale si assesti su valori significativamente distanti dalla fattispecie semplice aumenta. Ciò è legato ancora una volta al fatto che i suddetti elementi si avvicinano quanto a « struttura » e « significato » ad elementi costitutivi di un'autonoma fattispecie di reato. Rispetto a

¹⁵⁹ Il modello disciplinare scelto dal nostro codice vuole evitare il verificarsi di un eccessivo iato fra pena-base e pena concretamente irrogabile all'esito delle operazioni commisurative in caso di concorso omogeneo di circostanze ad efficacia comune. Deve, infatti, osservarsi come anche un eccessivo "scollamento" della pena finale rispetto all'"entità base" faccia perdere all'istituto quel necessario collegamento valoriale-tipologico con la fattispecie semplice. A ben vedere, una eccessiva dilatazione farebbe, infatti, smarrire alla fattispecie circostanziata il proprio legame con il tipo-base e con il suo disvalore, all'interno del quale – come si è osservato nel capitolo precedente – pur sempre la circostanza si deve muovere.

¹⁶⁰ Cfr. sul punto M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, cit., 694 ss.

¹⁶¹ In entrambi gli articoli si introduce, infatti, una importate distinzione «salvo che si tratti delle circostanze indicate nel secondo capoverso dell'art. 63 c.p.».

¹⁶² E' proprio così, se da un lato le circostanze ad efficacia comune esaltano la discrezionalità giudiziaria nel momento commisurativo, dall'altro l'art. 66 e 67 impongono dei limiti legalistici a questa riportandola al rispetto dell'omogeneità disvaloriale fra fattispecie semplice e fattispecie pluricircostanziata.

¹⁶³ Le riserve su tale assimilazione le abbiamo già effettuate e devono ritenersi valide anche in questo caso. Stante il fatto che il carattere che accomuna sotto il profilo sostanziale oltre che disciplinare le circostanze ad effetto speciale e quelle ad efficacia comune risiede proprio nell'oscillazione proporzionale.

questi si era, pertanto, – fin da subito – avvertita la necessità di predisporre un regime disciplinare differenziato¹⁶⁴. In conclusione sul punto, dunque la scelta per la « facoltatività » e la « trasformazione » degli elementi soccombenti in circostanze ad efficacia comune si muove in una logica sintetico-valoriale che permette di tralasciare i meccanismi aritmetici improntati sul computo di ogni singolo elemento circostanziale al fine di assestare una pena in sostanziale continuità con il disvalore della pena-base o comunque con la cornice edittale della fattispecie semplice. Pur tuttavia, il sistema appena delineato si pone in contraddizione logica con le *rationes* sottese ai disposti normativi di cui agli artt. 66 e 67 c.p.¹⁶⁵: di qui la sua irrazionalità e necessità di riforma.

La terza ed ultima considerazione, che prende in parte le mosse dalle riflessioni precedentemente svolte, si propone di indagare sul perché il legislatore abbia optato per l'incrementare il ruolo del giudice e del suo potere discrezionale specie in presenza di circostanze ad efficacia speciale. Ebbene, le circostanze indipendenti e quelle autonome sono foriere, sul piano semantico-valoriale, di una *nuova* valutazione del fatto, quasi come se contribuissero – con il ridisegnare la cornice edittale o mutando la specie della pena – alla descrizione di fatti di reato autonomi rispetto alla fattispecie semplice. Rispetto a queste figure circostanziate il computo aritmetico viene, pertanto, avvertito come uno strumento del tutto inidoneo, dal momento che il nuovo fatto recide in parte i legami con il fatto-base (con il quale non vi è più un rapporto simbiotico). Si necessita così di una nuova valutazione e ponderazione del fatto di reato di tipo sintetico ad opera del giudice e ciò al fine di coglierne le sfumature disvaloriali e tradurle in una commisurazione proporzionata.

7.5 L'art. 69 c.p. ed il giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee

Analizzata la funzionalità ricoperta dal concorso omogeneo di circostanze del reato in tutte le peculiarità mostrate dalla puntuale analisi dei suoi diversi commi, occorre ora soffermare l'attenzione sulla funzione assoluta dall'art. 69 c.p. che, come noto, disciplina il concorso eterogeneo di circostanze del reato.

E' necessario preliminarmente sottolineare che nel presente paragrafo ci limiteremo a delineare solo quelle che sono le caratteristiche funzionali dell'istituto e, peraltro, ciò sarà fatto in maniera estremamente sintetica e per punti. Si rinvia, pertanto, fin da subito per una più approfondita analisi del tema al capitolo quarto del presente lavoro.

Anche in questo caso, prima di addentrarsi nella complessa disamina funzionale, occorre prendere le mosse dalla analisi del disposto normativo e cioè dall'art. 69 c.p. nei suoi primi tre commi.

¹⁶⁴ Si rinvia per le diffuse osservazioni anche in ottica *de jure condendo* sul punto al capitolo primo e al presente capitolo al paragrafo 4.2 e 7.2.

¹⁶⁵ La preoccupazione del legislatore sarebbe pertanto irrazionale dovendo assolvere a tale compito già gli istituti di cui agli artt. 66 e 67 c.p.

La disposizione in esame afferma testualmente che: «Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime [le seconde] sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni [degli aumenti] di pena stabilite per le circostanze attenuanti [aggravanti], e si fa luogo soltanto agli aumenti [alle diminuzioni] di pena stabiliti per le circostanze aggravanti [attenuanti]». Accanto all'esito della prevalenza di un determinato segno di circostanze sull'altro, il legislatore all'art. 69.3 c.p. si preoccupa, poi, di disciplinare l'ipotesi della loro equivalenza. In tal senso si afferma che «Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze».

Ebbene, da una puntuale analisi del disposto normativo si evince come il legislatore si sia preoccupato di disciplinare in maniera profondamente differente a quanto previsto dall'art. 63.2 c.p. (nonché da quanto prevedeva sul punto il codice Zanardelli) il concorso eterogeneo di circostanze. Si è, infatti, optato per l'abbandono del criterio *meccanicistico-aritmetico* e per l'adozione di una soluzione improntata su di un giudizio *sintetico-intuitivo*. Più precisamente, il disposto normativo in esame prevede due possibili esiti del giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee: l'uno di *prevalenza*, che comporta la soccombenza delle circostanze ritenute non prevalenti e l'applicazione delle altre; e l'altro di *equivalenza* il quale conduce alla simultanea e reciproca elisione di tutti gli elementi circostanzianti e, pertanto, al ritorno alla fattispecie semplice. Di particolare importanza, per le conseguenze che andremo nel proseguire della trattazione a sottolineare, appare essere poi il fatto che nel caso del giudizio di prevalenza si impone al giudice di tenere in considerazione (e, quindi, applicare) *tutte e solo* le circostanze non soccombenti.

Ciò precisato in relazione alla disciplina sopra riportata occorre, tuttavia, rilevare che il codice nulla dice in ordine al momento in cui il giudizio di bilanciamento deve essere dal giudice svolto. Ebbene, chiarire tale aspetto appare di centrale importanza per comprendere sia la funzione dell'istituto, sia le caratteristiche qui presentate dal potere discrezionale del giudice. Il giudizio di valenza *ex art. 69 c.p.* è imposto all'interprete (che lo deve appunto effettuare) in un momento *precedente* alle operazioni commisurative della pena in senso stretto. Tale circostanza permette di comprendere che l'art. 69 c.p. serve, dunque, *in limine* a stabilire quale modello commisurativo il giudice deve seguire nelle operazioni di commisurazione in senso stretto ed in senso lato alle quali si accinge. Non si tratta a ben vedere, infatti, di compiere scelte in termini di incidenza *quantitativa* sulla pena concreta, ma di riportare il concorso eterogeneo ad omogeneo e decidere, conseguentemente, quali elementi debbano essere considerati e valutati come circostanze proprie e quali, invece, "soccombendo" retroagiscono ad indici di commisurazione della pena infraeditale.

Tutto ciò posto e considerato sono mature le condizioni per effettuare una riflessione in ordine alla funzione assolta dall'istituto che disciplina il concorso eterogeneo di circostanze del reato.

Ebbene, appare questa particolarmente complessa dal momento che sono tre le differenti funzionalità che vengono in gioco.

In primis il fatto che si accordi al giudice un potere discrezionale *qualitativo* di tipo *contra*-normativo (in quanto può contraddire la stessa scelta elettiva) e lo si collochi in un momento antecedente alle operazioni commisurative fa sì che l'art. 69 c.p. assolve in via diretta e principale ad una funzione di «determinazione giudiziale della fattispecie circostanziata». E', infatti, l'interprete attraverso il proprio contributo valutativo-discrezionale a determinare la fattispecie circostanziata e non il legislatore.

In secondo luogo, per lo stretto legame con la funzionalità appena rilevata, l'istituto assolve anche una indiretta funzione di «commisurazione giudiziale della pena». E', difatti, il giudice che seleziona gli elementi e, quindi, li considera poi ai fini commisurativi.

In terzo ed ultimo luogo, la previsione codicistica che impone al giudice di tenere conto di *tutte* le circostanze dichiarate prevalenti e non solo una o alcune di queste implica l'innesto nel sistema di una istanza legalistica che mira – pur sempre, tuttavia, in misura residuale rispetto alle altre funzionalità - a realizzare una funzione di «commisurazione legale della pena».

In conclusione sul punto occorre rilevare che l'istituto del concorso eterogeneo di circostanze del reato somma in se stesso una eterogeneità funzionale che lo rende al contempo particolarmente complesso ed importante.

L'importanza dell'istituto trasparirà nel proseguio della trattazione, ma è d'uopo fin da subito sottolineare che il giudizio di bilanciamento proprio per la sua collocazione “temporale” e per il suo elevato tasso di discrezionalità ha una capacità onnivora nei confronti degli altri elementi circostanzianti e può condizionare in maniera radicale e pervasiva l'intera commisurazione della pena.

Capitolo 3

Il principio di tipicità penale alla “prova” del sistema delle circostanze del reato

1. Il principio di tipicità. Prime considerazioni di inquadramento

Esaminata la funzione assolta dalle diverse tipologie classificatorie di circostanze del reato (con particolare riferimento alle circostanze: «proporzionali», «autonome», «indipendenti», «obbligatorie», «discrezionali», «indefinite»), nonché dagli istituti volti a disciplinarne il *concorso omogeneo ed eterogeneo*, l'approccio investigativo plurisetoriale pone lo studioso di fronte a quelle problematiche, di tipo «strutturale», che concernono le diverse tecniche di tipicizzazione dell'elemento circostanziate.

Come più volte osservato, infatti, uno degli aspetti caratterizzanti – principio cardine anche in ottica discrezionale rispetto agli indici di commisurazione della pena in senso stretto - le circostanze proprie è la loro espressa tipicizzazione normativa ad opera del legislatore. Queste sono, infatti, il frutto di una *precisa* scelta elettiva a cui viene accordata una particolare, quanto problematica, efficacia: la possibilità di incidere (violandoli) sui margini edittali della pena prevista per la fattispecie semplice.

E' proprio il suddetto effetto (c.d. efficacia extraeditale) ad imporre una puntuale analisi sui profili di costruzione della norma, con particolare riferimento al materiale linguistico utilizzato e, conseguentemente¹, alla capacità descrittiva del «tipo» di reato². Tale interesse trova il proprio primo fondamento e faro guida nel dettato costituzionale e più precisamente nei disposti di cui agli artt. 25 e 27 (quest'ultimo estende, infatti, il principio di legalità anche alla pena). Più precisamente, dal momento che l'elemento circostanziale combinandosi con la fattispecie semplice dà vita a livello *astratto-tipologico*³ ad una autonoma fattispecie di reato con una nuova cornice edittale, a questi elementi – in linea teorica - devono estendersi tutti i limiti garantistici (vedremo nel proseguio con quali modulazioni) sottesi alla legalità penale.

La necessaria tipicizzazione ad opera del legislatore dell'elemento circostanziale impone, dunque, una verifica delle sue diverse tecniche di costruzione. La capacità

¹ Stante la loro stretta interconnessione logico-strutturale.

² Di cui la c.d. fattispecie circostanziata è espressione.

³ Vedasi per le diffuse osservazioni sul punto il capitolo 1.

descrittiva *quali-quantitativa* del «tipo» di reato propria delle circostanze rende, pertanto, obbligata un'attenta investigazione specie in ordine a quegli elementi che abbiamo nel capitolo precedente definito «a tipicizzazione parziale» e «a tipicizzazione assente». Rispetto a questi l'opera plasmatrice legislativa è, infatti, *parziale* o del tutto *assente* con conseguente corroborazione del ruolo del potere giudiziario⁴ e della sua discrezionalità di tipo qualitativo. Evidente la tensione con i corollari formali sottesi alla legalità, che spingono, viceversa, il legislatore verso la costruzione di un tipo di reato ben definito tanto sul piano linguistico, quanto su quello valoriale e alla conseguente marginalizzazione del ruolo del giudice.

Premesse le linee guida della riflessione che sarà oggetto di specifico approfondimento nel presente capitolo, è d'uopo prendere le mosse da alcune riflessioni di carattere generale concernenti proprio il principio di tipicità e i diversi modelli tipologici di costruzione della fattispecie incriminatrice. Tale analisi sarà poi strettamente funzionale alla messa in “prova” e “verifica” dei risultati emersi rispetto al sistema delle circostanze del reato, dei suoi principi regolatori e del contributo valoriale che i singoli elementi apportano al tipo base.

Il concetto di tipicità, come posto ben in evidenza da uno dei principali maestri del diritto penale, si ricollega nel linguaggio comune all'«idea di uno schema ideale o astratto, a cui corrispondono, o possono corrispondere, con assoluta identificazione o con maggiore o minore approssimazione, situazioni concrete»⁵.

Nel linguaggio più propriamente giuridico-penale, il carattere della “tipicità” (ovvero l'essere il fatto descritto per tipi legali), assume, invece, il significato specifico e più pregnante di “presupposto” dell'incriminazione, nella misura in cui i sistemi penali lo adottano a strumento “essenziale” della propria codificazione. La *tipicità penale* presenta, infatti, un contenuto particolare ed un significato più specifico rispetto a quello (generico) comune alle varie branche dell'ordinamento. Le ragioni di tale peculiarità discendono da alcuni caratteri distintivi del diritto penale, quali la *frammentarietà* (non coincidendo la tutela penale né con l'area dell'illecito morale, né con quella dell'illecito giuridico ed essendo, invece, circoscritta a specifiche modalità di offesa al bene giuridico) e la *sussidiarietà* (dovendosi ricorrere all'intervento punitivo penale come *extrema ratio*). La peculiarità assunta dal principio di tipicità in materia penale è, inoltre, da mettere in relazione con il significato funzionale del principio di legalità, destinato a garantire la libertà delle persone interessate dall'applicazione di una norma penale, in quanto può essere solo la legge a delineare il fondamento, i limiti e le conseguenze della responsabilità penale. Nella misura in cui garantisce certezza nella delineazione delle figure di reato e nella determinazione delle pene, il principio di *tipicità* si raccorda a quello di *legalità* nella protezione della libertà e di altri diritti fondamentali delle persone⁶.

⁴ Che si spinge fino a svolgere una funzione che non abbiamo esitato a definire *para-normativa*. Cfr. capitolo 2, paragrafo 7.3.

⁵ G. Vassalli, voce *Tipicità* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 536.

⁶ Cfr. in tal senso in particolare l'ampia e articolata monografia di A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

In materia penale si richiede, dunque, un grado particolarmente elevato di *tipicità* proprio per evitare incertezze della legge incriminatrice ed escludere l'analogia ed il diritto consuetudinario dalle fonti di norme penali.

E' d'uopo, inoltre, precisare che la fattispecie penale tipica evidenzia il rapporto intercorrente tra la formulazione legislativa del reato e il suo contenuto di disvalore. Fra la fattispecie criminosa (o incriminatrice) e il contenuto di disvalore vi è, infatti, un rapporto *biunivoco*, nel senso che a quella determinata descrizione fattuale corrisponde un determinato disvalore e non altro, e viceversa. Più precisamente, è opportuno rilevare come la fattispecie, la descrizione dell'accadimento di vita sia costituita da una pluralità di «dati» o «particolari» o «elementi» descrittivi, ciascuno dei quali concorre con tutti gli altri a costituire l'insieme in cui consiste quella sorta di «racconto» o di «fotografia» di vita che è ogni singolo reato⁷. Ognuno di questi elementi concorre in modo essenziale – in virtù di quella relazione biunivoca di cui si è detto – alla individuazione del contenuto di disvalore del reato, di quel contenuto e non di un altro. In buona sostanza, ogni elemento di fattispecie concorre a fondare e ad esprimere quello specifico disvalore del fatto e non altro, al quale il legislatore ha ritenuto di reagire penalmente e con una determinata risposta sanzionatoria. Dunque, sebbene il contenuto di disvalore del reato sia «portato» dall'insieme degli elementi di fattispecie, ciascuno di essi ha un ruolo essenziale nella fondazione dello specifico disvalore del reato, così che al mutamento anche di uno solo di essi corrisponde il mutamento tanto della fattispecie quanto del suo contenuto di disvalore.

Orbene, tali considerazioni sono perfettamente “esportabili” nel sistema delle circostanze del reato per mezzo del quale, al combinarsi dell'elemento circostanziale con la fattispecie base si dà vita ad una nuova fattispecie, con un proprio peculiare disvalore: *id est* la c.d. fattispecie circostanziata.

2. «Tipo forte», «tipo debole», «tipo rigido» e «(non) tipo flessibile»: i quattro diversi modelli tipologici di costruzione della fattispecie incriminatrice

Ciò doverosamente premesso, si ritiene opportuno delineare quattro modelli di «tipo», strettamente correlati alle differenti tecniche di tipizzazione ad essi sottese.

Più precisamente, in realtà i modelli tipologici di costruzione della fattispecie penale sarebbero due: l'uno *forte*, l'altro *debole*. Gli ulteriori modelli (i quali concretano sul piano normativo un «tipo-rigido» ed un «tipo-flessibile»⁸) rappresenterebbero, più propriamente, delle “degenerazioni” dei precedenti. Sinteticamente, dunque, il tipo *forte* può vedere la propria involuzione in quello *rigido*; il tipo *debole* potrà involgere, invece, in quello *flessibile*. Passando, dunque, a delineare - seppur sommariamente - cosa si intenda con tali espressioni, occorre osservare che il mo-

⁷ Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 83.

⁸ Vedremo nel proseguio che tale modello tipologico, in virtù delle particolari caratteristiche darà più propriamente luogo ad un *non* tipo.

dello tipologico che abbiamo definito come «forte», si caratterizza per una spiccata *analiticità e compiutezza* descrittiva, così da “bandire” quanto più possibile la discrezionalità del giudice dalla valutazione degli elementi di fattispecie. Tale individuazione legislativa del fatto illecito, seppur rifugge una tecnica normativa di tipo descrittivo-casistico (privilegiandone una di tipo normativo-sintetico), si contraddistingue per essere espressione di un’importante funzione di oggettivizzazione della fattispecie facendosi vessillifera di preponderanti istanze legalistiche e del valore garantista della tipicità penale. Sul piano della tecnica normativa, la compiutezza del «tipo forte» viene realizzata mediante l’elaborazione di una norma la più *chiusa e chiara* possibile.

Affianco ad un «tipo forte» si può, tuttavia, individuare uno «debole». Il legislatore, contrariamente al modello precedentemente descritto, così normando apre la fattispecie alla discrezionalità giudiziaria e all’apprezzamento del caso concreto, seppur sempre entro cornici e limiti legislativamente predefiniti. Il giudice resta, dunque, nella sua discrezionalità applicativa pur sempre “guidato” e “contenuto” dalla rete rappresentata dalla stessa norma penale e dai criteri-direttivi in essa positivizzati. Due appaiono le principali *rationes* sottese a tale tecnica di produzione normativa: l’una *strutturale-astratta* e l’altra *pratico-applicativa*. Più precisamente, sul piano normativo astratto si ritiene che (anche) la fattispecie penale abbia bisogno di una certa *elasticità e duttilità* nella sua composizione strutturale e ciò sia perché gli elementi del caso concreto e le sue specificità rendono “indispensabile” una certa flessibilizzazione della norma astratta; sia perché solo così si permetterebbe quel difficile (in quanto vede il legislatore pressoché sempre in ritardo) processo di adeguamento della fattispecie all’evoluzione storico-diacronica dei *mores*. La chiusura e perfetta compiutezza descrittiva porterebbe, infatti, con sé il rischio di irrigidimenti ed invecchiamenti precoci delle norme incriminatrici, le quali diverrebbero così profondamente inadatte a far fronte ai cambiamenti delle moderne società (specie nei settori c.d. della modernità) in costante divenire creando, conseguentemente, possibili vuoti di tutela. Sul piano pratico-applicativo, invece, sottesa alla costruzione per modelli tipologici «deboli» vi sarebbe la diversa convinzione che rinunciando a una tipicità di tipo «forte» e aprendo alla discrezionalità e alle scelte politico-valutative del giudice si permetterebbe il realizzarsi di opzioni benevole nei confronti del reo e mitigatrici del rigore (avvertito spesso come eccessivo) delle fattispecie astratte: il tutto, peraltro, per mezzo del grimaldello della colpevolezza. Occorre osservare, infine, che le considerazioni *de quibus* sono state sviluppate dalla dottrina specie ponendo attenzione alla prassi giudiziaria nel momento dell’irrogazione della pena al caso concreto⁹.

⁹ Cfr. in tal senso, in particolare, T. Delogu, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo*, Milano, 2010; A. Caputo, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 183 ss.

Delineati, dunque, nelle loro diverse articolazioni il «tipo forte» ed il «tipo debole» occorre passare in disamina quelle situazioni tipologiche che abbiamo definito essere espressione delle rispettive degenerazioni.

Il «tipo forte», come precedentemente sottolineato, può involgere in una tipicità rigido-casistica. La fattispecie normativa così costruita si verrebbe a caratterizzare, infatti, per una *esasperata analiticità descrittiva* con assoluta predilezione per l'utilizzo di termini e sintagmi *descrittivo-naturalistici*. In tal senso, per esempio, si andrebbe a distinguere il furto di un maiale da quello di una vacca; la ricettazione di un gioiello da quella di un quadro antico; le lesioni personali arrecate agli arti superiori da quelle alle gambe. Anche in questo caso, sottese a tale tecnica normativa vi sarebbero, a ben vedere, due diverse istanze. *In primis* di fondo all'idea di un «tipo rigido» si anniderebbe la seguente presunzione logica: il legislatore già nell'elaborazione in astratto della singola fattispecie penale è in grado di descrivere in maniera perfettamente esaustiva ogni accadimento della vita a cui dare rilevanza. Così argomentando, l'impostazione *de qua* finirebbe, dunque, con l'annullare e negare ogni possibile «scarto» tra fattispecie-astratta e fatto-concreto che, di fatto, verrebbero a coincidere. In altre parole, secondo tale impostazione la duttilità intrinseca di ogni fattispecie penale – ritenuta essenziale al fine di rapportare le differenti grandezze di scala tra normazione astratta e caso concreto – rappresenterebbe un assunto inaccettabile. Il fatto concreto in materia penale dovrebbe, infatti, trovare piena e diretta identificazione nella fattispecie astratta e ciò senza alcuna operazione logico-valutativa da parte del giudice nella fase del sillogismo giuridico di sussunzione a cui questo è chiamato: il tutto si ridurrebbe, dunque, ad una mera operazione meccanicistica. In secondo luogo, si ritiene che aprire ad una normazione di tipo sintetico e all'utilizzo di elementi normativi significherebbe veicolare nella fattispecie un certo tasso di discrezionalità giudiziaria: la determinazione e delineazione degli elementi della norma postulerebbe, infatti, un apprezzamento di tipo valutativo da parte del giudice. In tale ottica, discostarsi da una tecnica casistica e, quindi, da espressioni normative caratterizzate dalla descrizione analitica di specifici comportamenti, oggetti, situazioni comporterebbe l'implicita attribuzione di dignità e legittimazione ad un soggetto (sarebbe meglio dire ad un potere) avvertito come «estraneo» tanto alle vicende di elaborazione quanto a quelle di individuazione/delineazione delle fattispecie penali: *id est* il potere giudiziario. Ciò evidenziato, appare chiaro come sottese ad un tipo costruito in maniera rigido-casistica, più che esigenze di certezza e legalità (perfettamente consentanee anche ad un «tipo forte») si annidi una visione vetero-illuministica dei rapporti tra poteri in materia penale con conseguente marginalizzazione del ruolo del giudice ridotto a mera *bouche de la loi*¹⁰. Contro l'utilizzo di tale tecnica normativa non vale, tuttavia, l'obiezione che essa determinerebbe il formarsi di lacune nel tessuto punitivo, in modo da sollecitare il giudice all'integrazione attra-

¹⁰ Cfr. C.L. Montesquie, *De l'esprit des lois*, 1748. Ci sia, peraltro, consentito sul punto anche il richiamo al saggio di L. Pellegrini, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti* - www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2, 2011, ed in particolare v. la nota n. 6.

verso operazioni ermeneutiche analogiche. Invero, mentre l'analogia è vietata *ex art.* 25.2 Cost., 1 c.p. e 14 Preleggi, la presenza di lacune punitive non va vista come una anomalia, perché, anzi, esse individuano spesso situazioni che si pongono ai margini e non nel cuore della *ratio* punitiva di una determinata norma (principio della frammentarietà della normazione penale). In considerazione di ciò è, quindi, opportuno che sia il legislatore, conformemente all'esigenza di legalità, a prendere atto dell'esistenza della lacuna, provvedendo a colmarla, o a non colmarla, a seconda del giudizio *politico* in ordine all'opportunità di estensione¹¹. Tuttavia, seppur quanto appena osservato appare indubbiamente vero, è opportuno sottolineare come il ricorso ad una tecnica di normazione casistica - e di conseguenza ad un «tipo rigido» - sebbene non censurabile di per se stessa potrebbe, se non correttamente “utilizzata”, porre la fattispecie in evidente frizione con i principi costituzionali in materia penale. Ove, infatti, la tecnica casistica venisse assunta a criterio ordinario di previsione delle fattispecie penali si realizzerebbe un contrasto con le contrapposte esigenze di economicità legislativa ed intelligibilità normativa entrambe legate al difetto dell'ipertrofia. Il principale vizio “congenito” al «tipo rigido» appare, però, essere un altro. Il pericolo maggiore risiederebbe, infatti, nella realizzazione di scelte di criminalizzazione *irragionevoli*. Ebbene, una fattispecie costruita in termini analitico-casistici frutto di scelte estemporanee, in quanto non doverosamente “pensate” e “riflettute” nel contesto normativo d'insieme, finirebbe con l'esprimere una scelta incriminatrice del tutto irrazionale, caotica e come tale svincolata da valutazioni valoriali di sistema.

E' necessario, infine, dare conto di cosa si intenda e, soprattutto, cosa esprima il «tipo flessibile». Lo abbiamo precedentemente contraddistinto quale involuzione del «tipo debole» e ciò poiché la caratteristica principale risiederebbe nel ricorso massivo all'utilizzo di una tecnica esasperatamente valutativa. La fattispecie penale, infatti, viene costruita - sul piano strutturale e dal punto di vista del corredo linguistico utilizzato - mediante il ricorso a formule ed espressioni *vaghe ed indeterminate*, tali da abbracciare situazioni molto distanti ed eterogenee tra loro. La norma, di conseguenza, finisce con il risultare “affidata” direttamente nelle mani del potere giudiziario, il quale, ben lungi dall'aver un ruolo meramente meccanicistico-applicativo, si trova ad essere libero *artifex* e plasmatore del precetto e della sanzione in essa contenuta. Se da un lato, così normando si realizzerebbe la piena adattabilità e modulabilità della fattispecie penale alle contingenti esigenze del caso concreto, dall'altro il giudice verrebbe a ricoprire un ruolo del tutto centrale e protagonista in un momento propriamente politico-valutativo. Se sottese a tale tipologia normativa vi sarebbero, dunque, istanze di prevenzione, completamente annullate e messe in secondo piano risulterebbero, invece, quelle di certezza e legalità. E' d'uopo tuttavia osservare che

¹¹ Cfr. K. Engisch, *Der Begriff der Rechtslücke Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauer's Methodenlehre*, in *Festschrift für W. Sauer*, Berlin, 1949, 85 ss.; Jescheck, Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, 135. M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 84 ss.; Id., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, 88 s.

rispetto al modello tipologico in esame sarebbe più corretto parlare di *non*-tipo. La norma penale incriminatrice così strutturata non riuscirebbe, infatti, ad esprimere con sufficiente chiarezza la stessa scelta di criminalizzazione ad essa sottesa rendendo, peraltro, pressoché impossibile individuare – se non in una dinamica applicativo-giudiziaria – lo stesso disvalore del fatto incriminato. Dal punto di vista tecnico ci troveremmo, pertanto, di fronte ad una *non* scelta incriminatrice che non può che dare luogo ad un *non* tipo di reato.

Orbene, è d'uopo osservare che entrambe le degenerazioni qui tratteggiate nelle loro caratteristiche essenziali implicano forti rischi di irrazionalità ed arbitrio applicativo. Se, dunque, tanto un «tipo forte» quanto un «tipo debole» appaiono rispettosi e conformi ai principi costituzionali in materia penale (seppur diretti a realizzare un diverso bilanciamento tra prevenzione e legalità non attuano, infatti, uno inaccettabile “strappo” a favore dell'una o dell'altra istanza così che il ricorso all'una o all'altra tecnica viene a dipendere da scelte legislativo-politiche insindacabili), il «tipo rigido» ed il «(*non*) tipo flessibile» risultano, invece, in forte tensione (se non addirittura incompatibilità) con le istanze di legalità e razionalità complessiva dell'ordinamento giuridico.

3. Tipicità ed elementi circostanzianti

Tutto ciò posto e considerato, si rende necessario – in quanto di specifico interesse nel presente lavoro - interrogarsi se le osservazioni fin qui sviluppate e le conclusioni delineate sulla costruzione tipologica delle fattispecie penali siano parimenti valide anche per gli elementi circostanziali del reato, oppure se proprio in virtù delle specificità (di natura e disciplina) che questi presentano si debba assistere a modulazioni e considerazioni differenziate.

E' d'uopo fin da subito rilevare che, in linea di principio e senza addentrarsi nell'analisi delle differenze intercorrenti fra elemento essenziale ed elemento accessorio nonché tra fattispecie semplice e fattispecie circostanziata¹², i principi enunciati sono estendibili anche all'istituto delle circostanze del reato. La ragione di quanto appena affermato deve rinvenirsi nel fatto che la circostanza propria, combinandosi con gli elementi della fattispecie semplice, concorre alla costituzione, per mezzo di un apporto definitorio-strutturale, di una nuova fattispecie di reato c.d. circostanziata. Così come gli elementi costitutivi, quindi, anche quelli circostanzianti debbono prediligere tecniche di normazione dotate di una elevata analiticità e compiutezza descrittiva oppure di elasticità e duttilità legislativamente “guidata” (dando così rispettivamente vita ad un «tipo circostanziato forte» e ad un «tipo circostanziato de-

¹² V. sul punto in particolare G. Contino, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato: profili dogmatici*, Milano, 1988; e più di recente A. Spina, *Accidentalia delicti*, cit.

bole») e ciò poiché anche in questo caso si realizzerebbe quel virtuoso e costituzionalmente compatibile compromesso fra le istanze di certezza e prevenzione.

Quanto, invece, ad un «tipo circostanziato rigido» e ad un «tipo circostanziato flessibile» seppur rappresenterebbero questi delle “deformazioni” rispetto alle ottimali tecniche normative sopra ripercorse, occorre osservare che ove rapportati e “inverati” nella materia delle circostanze del reato finiscono con il manifestare una tensione meno marcata (rispetto a quanto si è osservato in relazione agli elementi costitutivi essenziali di fattispecie) con i principi costituzionali in materia penale rivelando, quindi, una maggiore plausibilità di utilizzo.

Procedendo, dunque, con ordine la previsione di circostanze del reato casisticamente descritte mediante il ricorso ad elementi descrittivo-naturalistici appare, quantomeno *prima facie*¹³, una tecnica di tipizzazione sicuramente utilizzabile da parte del legislatore e, pertanto, idonea a definire l’aggravamento o l’attenuazione della pena. Le considerazioni sviluppate finiscono, dunque, quantomeno a livello assiologico-astratto col definire la problematica in esame in termini parzialmente diversi rispetto a quanto osservato in relazione agli elementi essenziali del reato.

Al fine di rendersi conto e verificare quanto appena sottolineato appare utile porre mente alle seguenti esemplificazioni.

Ha senso nel nostro ordinamento giuridico distinguere sul piano normativo astratto il furto di una vacca da quello di un maiale? Nessuno avrebbe molti dubbi al riguardo: sarebbe questa una scelta palesemente irrazionale e dotata di asistematicità: come tale dovrebbe andare incontro ad una netta censura ad opera della Corte costituzionale. E’ d’uopo, tuttavia, chiedersi se sarebbe parimenti irragionevole punire più gravemente (mediante l’introduzione di una circostanza aggravante) il furto di una vacca da quello di una qualsiasi altra cosa mobile altrui. L’interrogativo appena posto risulta solo apparentemente di facile soluzione. Una più attenta riflessione finisce, infatti, col chiamare in gioco considerazioni e valutazioni di tipo sistematico-valoriale e con l’appellarsi al substrato psicologico, sociologico, criminologico e culturale della società giuridica del momento storico: istanze tutte queste che precedentemente nessuno avrebbe mai sentito l’esigenza di “scomodare”. Ebbene, venendo adunque, una siffatta circostanza aggravante (volta a punire più gravemente il furto di una vacca) nel nostro ordinamento giuridico e nel contesto socio-criminologico-culturale in cui viviamo (ci si potrebbe spingere fino anche a dire in cui vivono le moderne società occidentali) creerebbe una forte aporia sistemica, peccando di irrazionalità/irragionevolezza, concorrendo, peraltro, a destrutturare la tipicità propria del delitto di furto, con conseguente realizzazione di una parcellizzazione per sottotipi del tutto sconnessa da scelte valoriali/disvaloriali di sistema¹⁴ Le considerazioni

¹³ Salvo poi rivelarsi problematiche nell’ottica della frantumazione del tipo. Per le diffuse osservazioni sul punto si rinvia ai paragrafi successivi del presente capitolo.

¹⁴ Si badi bene, le suddette riflessioni non ignorano affatto la presenza nel nostro ordinamento dell’aggravante speciale con variazione di pena indipendente di cui all’art. 625.1. n. 8 c.p., la quale punisce con la pena da uno a sei anni e la multa da € 103 a € 1.032 (in luogo della pena da sei mesi a tre anni e € 154 a € 516 *ex* 624 c.p.) il furto «[...] commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in

appena sviluppate non potrebbero, tuttavia, trovare accoglimento in contesti sociali e assetti culturali differenti dal nostro. Per esempio, in società caratterizzate da un forte retaggio culturale induista la stessa circostanza aggravante del furto di una vacca acquisterebbe piena plausibilità e dignità sistemica. Non sarebbe, infatti, il frutto di irrazionali scelte legislative del tutto sconnesse dal substrato socio-criminologico e culturale dell'ordinamento giuridico in cui vengono iscritte, ma risulterebbe, viceversa, espressione di un disvalore peculiare ove letto nel contesto non solo giuridico ma anche sociale di quel paese: del tutto ragionevole ne sarebbe, dunque, l'attribuzione di rilevanza circostanziale. Come noto, infatti, la religione indu (che in taluni paesi presenta un forte radicamento sociale, tanto da potersi parlare di "società di cultura induista") non solo proibisce la macellazione dei bovini e il consumo della loro carne ma invita, anzi, ad accudire e allevare le vacche in quanto ciò porterebbe alla beatitudine. Nel caso di specie, dunque, proprio la descrizione analitico-casistica dell'elemento circostanziale rappresenterebbe il mezzo privilegiato per dare rilievo alle suddette istanze, ponendo in evidenza – attraverso una descrizione naturalistica dell'oggetto della sottrazione e dell'impossessamento – un'oggettività giuridica "arricchita", colorando così la fattispecie in termini parzialmente diversi. L'atto sottrattivo verrebbe a violare, infatti, sia il diritto di proprietà o la situazione di fatto possessoria, sia i valori etico-religiosi che la *res* esprime per diffuso e comune riconoscimento da parte della collettività. E' possibile, tuttavia, spingersi oltre nella riflessione. L'introduzione di una aggravante speciale per il furto di un bovino, ove innestata nell'assetto normativo in un periodo storico in cui si fosse (ad esempio) il bene fortemente rarefatto stante una epidemia che rischi di compromettere seriamente la produzione ed il commercio di latte e carni, oppure in un contesto socio-economico che si regga sull'agricoltura e la pastorizia¹⁵, acquisirebbe piena plausibilità. L'aggravante in questione permetterebbe, infatti, di tutelare (punendo più gravemente gli offensori) il bene in oggetto, il quale, stante la propria importanza e centralità nell'assetto socio-economico del paese, necessita di peculiare valorizzazione e protezione. Ebbene, l'elemento circostanziale appare lo strumento a ciò deputato. Continuando, infatti, a muoversi nell'alveo tipologico-valoriale del reato base (*id est* il delitto di furto), la circostanza propria permette di modulare sotto il profilo quali-

mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria». La norma, infatti, così come strutturata nel suo secondo alinea appare inequivocabilmente affetta da irrazionalità e ciò poiché ancora ancorata ad un sistema economico (quale quello italiano degli anni trenta) fortemente legato alla agricoltura e alla pastorizia, dove la maggior parte delle famiglie possedevano animali (c.d. da cortile o da stalla) al fine di fare fronte alle primarie esigenze di sostentamento. In tale realtà, il furto anche di un solo animale (specie se bovino o equino) poteva, infatti, consegnare un intero nucleo familiare alla povertà e all'impossibilità di effettuare spostamenti. In una società globale quale quella attuale, invece, dove la tecnologizzazione e l'industrializzazione hanno in poco più di cinquanta anni determinato lo spopolamento delle aree rurali e il concentramento della popolazione nelle metropoli (c.d. fenomeno dell'urbanizzazione), l'aggravante in esame non pare avere ancora senso. Tutto al più una certa dignità (e quindi plausibilità) può essere riconosciuta al primo alinea della norma in esame, in cui si fa riferimento a «greggi» e «mandrie» e, quindi, a realtà che – sebbene rarificatesi – sono pur sempre presenti sul territorio nazionale specie nelle zone di montagna del sud Italia.

¹⁵ Vedi per le diffuse osservazioni sul punto la nota precedente.

quantitativo la risposta dell'ordinamento. L'introduzione, viceversa, dell'aggravante del furto di una vacca per fare fronte, mediante l'intimidazione (*id est* la funzione di prevenzione generale c.d. "negativa"), al diffondersi in un determinato periodo storico del suddetto fenomeno (e cioè per il solo fatto che si registra un aumento della suddetta tipologia di furti), appare una scelta irrazionale, in quanto disancorata da una valutazione del fatto alla luce del complesso normativo e valoriale in cui si inserisce.

Ecco, dunque, dimostrato come il « tipo circostanziato rigido » possa assumere coerenza col sistema normativo di riferimento ove frutto non di estemporanee ed irrazionali – spesso improntate ad “emozioni” emergenziali – scelte legislative, ma di ponderate riflessioni sistematiche. Quanto appena detto, infatti, permette la lettura della disposizione alla luce del contesto valoriale/disvaloriale complessivo in cui si inserisce dando rilievo, peraltro, anche alle istanze sociali-criminologiche-culturali che costituiscono il substrato di un paese.

Ma v'è di più. Ci si può, infatti, spingere oltre fino ad affermare che risulta contemporaneo alla stessa idea di accessorietà propria degli elementi circostanziali avere un maggiore tasso di analiticità descrittiva rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie semplice e ciò poiché proprio in virtù della loro combinazione i primi vanno a connotare ed evidenziare delle particolarità, peculiarità precedentemente non contemplate.

Come noto, il legislatore costruisce le fattispecie semplici con un certo margine di elasticizzazione più o meno ampio ma pressoché sempre presente (se non relativamente a tutti gli elementi di fattispecie almeno ad alcuni) e ciò al fine di assicurare una migliore adattabilità e modulabilità al caso concreto e rendere così possibile sussumere sotto la fattispecie incriminatrice fatti anche diversi nella loro estrinsecazione storica ma pur sempre espressivi del medesimo disvalore. L'elemento circostanziante, viceversa, combinandosi con la fattispecie semplice si pone rispetto ad essa in rapporto di specialità (per aggiunta o per specificazione) e al contempo, sul piano descrittivo, si caratterizza per l'evidenziare delle particolarità attribuendone incidenza sul *quantum* sanzionatorio.

Si comprende, dunque, in maniera piuttosto agevole come la diversa costruzione strutturale e le diverse esigenze sottese all'elemento costitutivo di fattispecie e a quello circostanziale, facciano propendere verso la necessità di una descrizione più puntuale e particolareggiata della circostanza propria. L'idea stessa di particolarità comunemente usata per caratterizzare l'istituto delle circostanze del reato¹⁶ ci pare, infatti, sicuramente più prossima alla analiticità descrittiva anche mediante il ricorso alla tecnica casistica. Così normando si metterebbero in evidenza, infatti, delle specifiche caratteristiche del fatto tipico evidenziandole ai fini del trattamento sanzionatorio e della connotazione in termini valoriali della fattispecie.

¹⁶ Per il suo centrale utilizzo vedi già G. D. Pisapia, *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*, Padova, 1965.

Sebbene quanto appena affermato appaia in linea di massima vero, il principio delineato va in contro a talune parziali attenuazioni, se non vere e proprie smentite. Da un lato, infatti, si riscontrano nell'assetto normativo penale fattispecie incriminatrici che si calano in settori particolarmente complessi, caratterizzati da elevato tecnicismo, descritte in maniera fortemente dettagliata e casistica. Basti porre mente al corredo normativo penale volto a disciplinare la tutela del diritto d'autore oppure i reati in materia di beni culturali o di pedopornografia¹⁷. Dall'altro le circostanze comuni, proprio per la loro suscettibilità a combinarsi con tutte le fattispecie incriminatrici di parte speciale, si caratterizzano per essere oggetto di costruzione e conseguente giudizio necessariamente elasticizzato¹⁸.

Ebbene, ricapitolando sinteticamente quanto fin qui osservato occorre sottolineare che una circostanza costruita in maniera *rigida* e cioè per mezzo del ricorso ad un materiale linguistico di tipo analitico-descrittivo, in cui è pertanto impedita ogni valutazione giudiziaria di tipo valoriale, risulta in perfetta sintonia con la funzione

¹⁷ Per una diffusa e accurata disamina della disciplina di contrasto alla contraffazione v. F. Cingari, *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1082 ss. In particolare l'Autore sottolinea come il rafforzamento della azione repressiva della contraffazione abbia portato alla costruzione di «fattispecie punitive casistiche e conseguentemente poco chiare e affette da un elevatissimo tasso di incoerenza sistematica». Basti porre mente all'art. 178.1 *lett. a)*, *lett. b)*, *lett. c)* e *lett. d)*, d.lgs. 42/2004. Il quale punisce rispettivamente la falsificazione di opere d'arte (*sub lett. a)*); il commercio di opere d'arte false (*sub lett. b)*); le false attestazioni concernenti opere d'arte (*sub lett. c)* e *lett. d)*). «*Chiunque, al fine di trarne profitto, contraffà, altera o riproduce un'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico od archeologico*»; «*Chiunque, senza aver concorso nella contraffazione, alterazione o riproduzione, pone in commercio, o detiene per farne commercio, o introduce a questo fine nel territorio dello Stato, o comunque pone in circolazione, come autentici, esemplari contraffatti, alterati o riprodotti di opere di pittura, scultura, grafica o di oggetti di antichità, o di oggetti di interesse storico od archeologico*»; «*Chiunque, conoscendone la falsità, autentica opere od oggetti, indicati alle lettere a) e b)*, *contraffatti, alterati o riprodotti*»; «*Chiunque, mediante altre dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, apposizione di timbri od etichette o con qualsiasi altro mezzo accredita o contribuisce ad accreditare, conoscendone la falsità, come autentici opere od oggetti indicati alle lettere a) e b)*, *contraffatti, alterati o riprodotti*».

¹⁸ E', inoltre, necessario osservare che l'elemento circostanziale che si ponga rispetto alla fattispecie incriminatrice semplice in rapporto di specialità per aggiunta risulta essere sicuramente maggiormente problematico dal momento che finisce con il ridefinire del tutto la tipicità della fattispecie, estendendone il disvalore e ampliandone l'alveo di rilevanza. Contrariamente, l'elemento circostanziale che aggiungendosi alla fattispecie incriminatrice semplice si pone in termini di specialità per specificazione, nello specificare elementi costitutivi essenziali della fattispecie continua a muoversi nell'alveo di disvalore proprio della fattispecie astratta semplice operando, così, all'interno della tipicità della stessa. In quest'ultimo caso sarebbe, dunque, corretto parlare non di estensione della tipicità ma di contenimento della stessa, per mezzo della valorizzazione di una peculiare connotazione già presente (seppur in termini generali) nella fattispecie semplice. Sebbene dal punto di vista quantitativo siano sicuramente in netta prevalenza numerica le circostanze proprie che si connotano in termini di specificazione, non si può ignorare come talune circostanze – quale ad esempio il movente, oppure l'art. 588.2 c.p. in tema di rissa – aggiungano un elemento assente/irrelevante nella fattispecie semplice finendo così con l'ampliare la tipicità della norma incriminatrice attraverso elementi aggiuntivi (il movente o l'evento offensivo della persona nei casi sopra richiamati) e col ridisegnare il disvalore della stessa che ne risulta così in un certo qual modo arricchito ed esteso.

concretizzatrice della fattispecie semplice¹⁹. Una descrizione analitico-casistica dell'elemento accessorio permette, infatti, di connotare il tipo-base, al quale accede, in termini specifici e concreti, veicolando il giudizio dell'interprete su elementi del fatto dettagliatamente indicati dal legislatore. In tale ottica può dirsi pienamente realizzata l'idea che l'elemento circostanziale si muova nell'alveo disvaloriale espresso dal tipo-base (e cioè dalla fattispecie semplice e dall'insieme dei suoi elementi costitutivi), individuando specifiche articolazioni del fatto a cui si ricollega un più intenso valore o disvalore. L'incisione sul «tipo» in questo caso è, dunque, pressoché minima se non propriamente assente. Lo schema ideale ed astratto a cui è attribuito un disvalore espresso dalla fattispecie semplice non è, infatti, messo in discussione né mutato in maniera significativa dall'elemento circostanziale che ne rappresenta semplicemente una peculiare concretizzazione fenomenica a cui il legislatore ha riconnesso una variazione in aggravio od in diminuzione dell'intensità disvaloriale propria del tipo-base. La fattispecie circostanziata non è, pertanto, in grado di disegnare un nuovo *tipo* di reato, ma ha solamente la capacità di plasmare una nuova articolazione del *tipo* di riferimento. Così ad esempio, il furto di lieve entità non può ritenersi costituire un nuovo tipo di reato, diverso da quello base espresso *ex art.* 624 c.p., bensì solo un nuovo tipo di furto. L'elemento circostanziale di cui all'art. 62.1 n. 4 c.p. conferisce, infatti, alla fattispecie semplice con cui va a combinarsi (*id est* il furto) una connotazione in termini valoriali che non ne muta il tipo. Il disvalore tipico base di riferimento è, infatti, sempre il medesimo: quello del delitto di furto. L'attenuante della speciale tenuità del danno patrimoniale cagionato non è, dunque, che una concretizzazione fenomenica della fattispecie base a cui il legislatore ha però voluto (per mezzo della scelta elettiva) attribuire un particolare “peso” qualitativo, conferendo al giudice (essendo una circostanza a variazione di pena proporzionale ed elastica) la facoltà di sfondare i margini edittali legislativamente prefissati dal reato base. Più precisamente, nel caso di specie, l'organo giudicante è chiamato ad un'analisi dell'oggetto della sottrazione e dell'impossessamento e, al contempo, della capacità economico-patrimoniale della persona offesa. Una valutazione, quindi, che necessita di un'attenta e puntuale osservazione del caso concreto, volta a verificare se *quel* determinato furto è di speciale tenuità e cioè se ha cagionato o meno un lieve danno economico alla vittima.

Si può, dunque, conclusivamente osservare sul punto che il «tipo circostanziato rigido» altresì non è che una concretizzazione del *tipo-base* e del suo disvalore.

4. Le circostanze obbligatorie ed il tipo circostanziato rigido e forte

Proprio alla luce delle osservazioni fino ad ora sviluppate, è necessario rilevare che la costruzione in termini rigido-casistici dell'elemento circostanziale si accom-

¹⁹ In ordine alla funzione concretizzatrice assoluta dalle circostanze proprie si rinvia alle diffuse osservazioni sviluppate nel capitolo 1.

pagna a strutture disciplinari ben precise. In questo caso il legislatore forgerà, infatti, la circostanza propria tipicizzandola in ogni suo elemento descrittivo: si tratterà, pertanto, di circostanze c.d. obbligatorie.

A ben vedere, la spiccata analiticità descrittiva propria dei suddetti elementi finisce inequivocabilmente con l'inoculare nel momento accertativo-giudiziario un automatismo dichiarativo, fondato su scelte presuntive effettuate a monte dal legislatore. La dettagliata e puntuale descrizione dell'elemento - al cui verificarsi il giudice deve aumentare o diminuire la pena con efficacia extraeditale - fa sì, infatti, che l'attività giurisdizionale venga ridotta ad una mera operazione ricognitiva. Assente, dunque, qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice del caso concreto, volta alla ricerca dei presupposti sostanziali per il riconoscimento dell'elemento circostanziante.

Ebbene, proprio alla luce delle considerazioni appena sviluppate si comprende agevolmente come il tipo circostanziato rigido si ponga in perfetta compatibilità logico-strutturale con le circostanze c.d. *obbligatorie* o «a tipicizzazione totale». Più precisamente, si può dire che la «tipicizzazione totale» dell'elemento circostanziante è pienamente raggiunta proprio dal ricorso a quelle tecniche di normazione caratterizzate da un elevato tasso di *analiticità descrittiva* e che fanno massivo ricorso all'utilizzo di termini e sintagmi *descrittivo-naturalistici*. E ciò poiché in siffatti casi l'attività valutativo-discrezionale di tipo qualitativo del giudice viene pressoché annullata. Questi è, infatti, chiamato a compiere una mera ricognizione del fatto concreto alla ricerca di ciò (*id est* l'elemento circostanziante obbligatorio) che il legislatore ha già pedissequamente descritto.

Alcuni esempi chiarificatori in tal senso si impongono. E' d'uopo porre mente alle aggravanti di cui all'art. 61.1 n. 11 *ter* c.p., all'art. 625.1 n. 8 *ter* c.p. ed all'art. 186.2 *sexies* d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, norme tutte queste introdotte dal pacchetto sicurezza del 2009²⁰. Procedendo con ordine nella disamina, la prima circostanza richiamata punisce più gravemente (con un aumento proporzionale elastico fino ad un terzo della pena-base *ex art.* 64 c.p.) colui che abbia posto in essere «un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione»²¹. E' evidente come in questo caso il legislatore abbia provveduto a descrivere la norma in maniera analitica, attraverso una puntuale indicazione di quelle che sono le caratteristiche fenomenico-naturalistiche, accertata la cui presenza il giudice dovrà aumentare la pena. Più precisamente, il giudice non avrà alcun margine valutativo-discrezionale di tipo qualitativo²², ma dovrà semplicemente compiere il seguente accertamento (meramente ricognitivo) del fatto stori-

²⁰ Si tratta più precisamente della l. 15 luglio 2009, n. 94. In dottrina vedi in particolare fra tutti AA.VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G. Gatta, Trento, 2009; AA.VV., *Commentario al "pacchetto sicurezza"*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Petrici, Milano, 2011.

²¹ La norma è stata introdotta dall'art. 3.20 della l. 15 luglio 2009, n. 94.

²² Ma godrà solo di una discrezionalità quantitativa in commisurare la pena, dal momento che si è in presenza di una circostanza ad efficacia comune.

co: a) verifica la responsabilità del reo per un delitto contro la persona²³; b) verifica che la persona offesa abbia avuto - al momento del fatto - meno di diciotto anni; c) verifica del luogo della materiale commissione del fatto tipico, al fine di vedere se il delitto è stato realizzato all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o formazione. Emblematica nel senso anzidetto è anche la circostanza speciale a variazione di pena indipendente prevista dall'art. 625.1 n. 8 *ter* c.p.²⁴. La suddetta norma punisce più gravemente colui che commette un furto «nei confronti di una persona che si trova nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro». A ben vedere, la norma lascia margini valutativi all'organo giurisdizionale davvero minimi. Il legislatore si preoccupa, infatti, di descrivere puntualmente l'elemento circostanziale in ogni suo elemento, quasi come se entrasse nella stessa dinamica fenomenica del fatto. Un terzo ed ultimo esempio può ravvisarsi nel disposto normativo di cui all'art. 186.2 *sexies* d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285. La disposizione in esame²⁵ prevede un aggravio della pena (dell'ammenda) se il reato di guida sotto l'influenza di alcol è stato posto in essere dopo le ore 22 e prima delle ore 7. Si tratta di una aggravante ad effetto speciale a carattere oggettivo, che viene applicata solo alla sanzione dell'ammenda, da aumentarsi da un terzo alla metà nella ipotesi in cui il reato sia commesso in orario notturno (dalle ore 22 alle ore 7). Ebbene, in questo caso il preciso dato temporale evita ogni incertezza e discussione sull'identificazione dell'"ora notturna", automatizzando le operazioni accertative condotte dal giudice (reso così "mero automa"): questi deve, infatti, solo esaminare il verbale dell'autorità accertatrice della violazione e guardarne l'orario. Nulla di più meccanico.

Rinviando al proseguo le problematiche in punto di razionalità sistematica delle suddette previsioni circostanzianti e la loro destrutturazione del tipo-base, in questo momento interessa sottolineare come siano queste tutte circostanze esemplificative di una tecnica di normazione²⁶ particolarmente analitica, descrivendo dettagliatamente (attraverso il ricorso a termini di tipo naturalistico)²⁷ l'accadimento in presenza del quale il legislatore ha inteso accordare l'aumento di pena. Un «tipo circostanziato *rigido*» realizzato, dunque, mediante il ricorso ad una tecnica di tipicizzazione «totale» essenzialmente casistica.

E' necessario, inoltre, osservare che una tecnica di normazione volta alla realizzazione di una tipicizzazione dell'elemento circostanziale *completa* in ogni sua sfaccettatura (*id est* «a tipicizzazione totale») può caratterizzare anche un «tipo circostanziato *forte*» e non solo, dunque, quello «*rigido*». Sebbene, infatti, il modello ti-

²³ Si deve cioè trattare di uno dei delitti ricompresi nel titolo XII del libro II del c.p. (artt. 575-623 *bis* c.p. – comprendendo anche i delitti contro la persona colposi) e tutti i delitti contro la persona compresi da leggi speciali.

²⁴ Così come introdotta dall'art. 3.26 della l. 15 luglio 2009, n. 94.

²⁵ Anch'essa introdotta dalla l. 15 luglio 2009, n. 94 art. 3.55 *lett. a*).

²⁶ Sviluppatisi, peraltro, con prepotenza e diffusività enorme proprio negli ultimi anni.

²⁷ L'orario notturno; il luogo di istruzione o educazione; servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro.

pologico di costruzione della fattispecie circostanziata definito come *forte* non “bandisca” l'intervento valutativo-discrezionale del giudice, questo si caratterizza pur sempre per una *spiccata analiticità* e *compiutezza descrittiva* con, conseguente, marginalizzazione del ruolo del potere giudiziario. Il modello in esame, infatti, pur non facendo esclusivo ricorso (contrariamente a quanto avviene nel modello c.d. «rigido») ad una tecnica normativa di tipo *descrittivo-casistico*, ma prediligendo una normazione *normativo-sintetica*, realizza pur sempre una norma *chiusa e chiara* e si fa portatore delle istanze legalistiche e del valore garantista della tipicità penale.

Si badi bene, l'intervento valutativo-giudiziario gioca qui un ruolo non nella modulazione e costruzione della fattispecie circostanziata, ma più semplicemente opera a livello interpretativo²⁸.

Proprio alla luce delle osservazioni appena sviluppate, appare chiaro che il tipo circostanziato *forte* è perfettamente conforme - sotto il profilo strutturale e funzionale - alle c.d. circostanze *obbligatorie* e cioè a tecniche di tipizzazione *totale*. Quanto appena sottolineato trova la propria ragione giustificativa nel fatto che ciò che accomuna «tipo circostanziato forte» e «circostanze obbligatorie» è la tendenza ad accentrare nelle sole mani del legislatore il potere di individuare e definire nei suoi presupposti costitutivo-sostanziali l'elemento circostanziante. Al giudice non viene, viceversa, riservato alcun potere valutativo-discrezionale di tipo qualitativo, dal momento che l'elemento risulta definito in tutti i suoi tratti caratteristici dal potere legislativo. Questi non è, pertanto, chiamato - neppure in parte - alla definizione della circostanza. A ben vedere, l'organo giudiziario potrà essere - stante il ricorso ad una tecnica normativa di tipo sintetico - chiamato ad *interpretare* la norma e ciò poiché il segno linguistico, consistente in una notazione di valore, evita (contrariamente a quanto avviene, invece, nel tipo rigido) la rassegna casistica di tutti gli atti che presentano tale connotato. Per sciogliere tale sintesi normativa (che produce inevitabilmente una certa ambiguità del segno linguistico) e cioè per individuare in concreto i tipi di comportamento penalmente rilevanti, l'interprete deve fare riferimento a quella sfera di valutazioni che è richiamata dalla notazione di sintesi. Ebbene, è necessario fin da subito rimarcare che l'attività valutativo-discrezionale di tipo qualitativo è cosa completamente differente dalle suddette operazioni ermeneutiche (insicindibilmente legate al ruolo e all'attività giurisdizionale). La discrezionalità giudiziaria richiama, infatti, (sotto il profilo formale) un processo di eterointegrazione della norma (c.d. fattispecie a formazione progressiva). Più precisamente, il giudice è chiamato (qui il tratto della doverosità dell'operazione valutativa in esame) ad effettuare un giudizio di valore volto ad individuare la fattispecie circostanziata dalla stessa disposizione normativa, o meglio da quel *vuoto* normativo (stante l'assenza di una sua puntuale tipizzazione) dal legislatore intenzionalmente lasciato²⁹.

²⁸ Sulla differenza fra attività ermeneutica e valutazione discrezionale di tipo quali-quantitativo del giudice si rinvia alle riflessioni sviluppate nel capitolo 4.

²⁹ Cfr. in tal senso F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 169 ss.; Id, *Custodia preventiva e criteri di valutazione in tema di libertà provvisoria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 943; Id, *Circostanze generiche e termine di prescrizione*, 828 ss.; Id, *Scrittura ed oralità*, in *Tre studi sulle prove*

Un esempio di circostanza obbligatoria costruita mediante il ricorso ad una tecnica di tipicizzazione caratterizzata da una marcata analiticità e compiutezza descrittiva (pur presentando una normazione sintetica) e che dà, pertanto, luogo ad un «tipo circostanziato forte» può ravvisarsi nell'art. 625.1 n. 2 c.p. L'aggravante appena richiamata punisce, infatti, più gravemente chi commette un furto (art. 624 c.p.) utilizzando «violenza sulle cose» o avvalendosi di un «qualsiasi mezzo fraudolento». Ebbene, la disposizione normativa appena richiamata costituisce propriamente una circostanza speciale, a variazione di pena indipendente ed obbligatoria. Sotto quest'ultimo profilo risulta, infatti, in ogni suo aspetto (*totalmente*) individuata e definita dal legislatore. Il giudice non possiede alcun potere né compito di eterointegrazione della norma, dal momento che risulta già esaustivamente individuata. Questi sarà, tuttavia, chiamato – stante il ricorso ad una normazione sintetica che rifugge una pedissequa elencazione casistica dei mezzi fraudolenti o delle modalità di utilizzo della violenza sulla cosa – ad interpretare la norma e valutare se il singolo mezzo concretamente utilizzato per porre in essere il delitto di furto può definirsi *fraudolento* o *violento*. L'operazione ermeneutica appena richiamata può rivelarsi in talune ipotesi non molto agevole, stante la tecnologizzazione e l'affinamento dei più svariati mezzi e strumenti della modernità che possono essere utilizzati per il suddetto scopo illecito. Situazioni queste che il legislatore del 1930 neppure si immaginava, ma che una normazione sintetica permette – per mezzo dell'attività interpretativa giurisdizionale – di ricomprendere nell'alveo normativo (specie con una interpretazione c.d. teleologica o per tipi della norma).

In conclusione sul punto, il «tipo circostanziato forte» non attribuisce al potere discrezionale del giudice alcun potere nell'individuazione dell'elemento circostanziante. La definizione della fattispecie circostanziata avviene, infatti, tutta e solo a livello astratto da parte dell'organo legislativo. All'interprete è riconosciuto solamente un (tradizionale) ruolo ermeneutico del tutto coerente con la propria funzione. Tale attività interpretativa, pressoché annullata in una costruzione rigido-casistica dell'elemento circostanziante e, quindi, in un modello tipologico «rigido», nel tipo circostanziato «forte» assume piena plausibilità ed un ruolo di centrale importanza.

5. Le circostanze discrezionali ed il tipo circostanziato *debole*

Una volta analizzate le circostanze obbligatorie e la loro tendenziale costruzione in termini «rigidi» e «forti», occorre soffermare ora l'attenzione sulle circostanze c.d. *discrezionali*.

penali, Milano, 1963, 192, in particolare vedasi la nota 33; M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; A. Keller, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, Winterthur, 1960, X ss., F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 45 s.

Come osservato nel capitolo precedente³⁰, la tipologia classificatoria di circostanze in esame si caratterizza per una «tipicizzazione *parziale*», sono cioè descritte dal legislatore in maniera incompleta, onerando il giudice del compito di verificare se esistono in concreto ulteriori elementi significativi che confermino o escludano le ragioni della diversa gravità³¹. Più precisamente, nelle ipotesi circostanziali in esame il legislatore apre la fattispecie alla discrezionalità giudiziaria e alle concrete modalità realizzative del fatto tipico di reato. Pur tuttavia, il giudice risulta sempre guidato nelle operazioni valutativo-valoriali dallo schema legale positivizzato (sebbene in termini parziali)³².

Un'analisi strutturale e funzionale delle circostanze discrezionali, sviluppata proprio alla luce delle sintetiche osservazioni appena premesse, fa nitidamente emergere come queste diano luogo ad un «tipo circostanziato *debole*», il quale se da un lato valorizza l'opera del giudice nella definizione dell'elemento per mezzo della lettura del caso concreto, dall'altro cerca pur sempre di guidarlo e contenerlo attraverso quella rete che è rappresentata dalla stessa norma penale e dai criteri direttivi in essa positivizzati. Il modello tipologico di costruzione della fattispecie c.d. *debole*, apre, dunque, la norma alla discrezionalità giudiziaria e all'apprezzamento del caso concreto, seppur sempre entro cornici e limiti legislativamente predefiniti. Ciò viene realizzato attraverso una composizione strutturale della disposizione normativa solo parziale, dotandola di un elevato tasso di elasticità e duttilità. Nessuna chiusura e perfetta compiutezza descrittiva viene, dunque, realizzata; contrariamente i connotati principali degli elementi *de quibus* sono quelli dell'*apertura* e della *flessibilizzazione*. In tale «fimosità descrittiva», che rifugge – come è logico che sia – ogni presuntiva valutazione legislativa del fatto tipizzato, si innesta l'opera valutativo-discrezionale dell'interprete, che finisce (*rectius* è chiamato³³) con l'eterointegrare una norma la cui formazione avviene in maniera progressiva, coinvolgendo attori diversi in momenti e fasi differenti. Più precisamente, in un primo momento il legislatore tipicizza il segmento di fattispecie che fungerà da guida nelle successive operazioni ed in un secondo momento il giudice dovrà poi verificare³⁴ che nel caso concreto sussistano ulteriori elementi significativi (non tipizzati) che confermino o escludano le ragioni della diversa gravità del reato.

Ebbene, quale il ruolo e la funzione di un «tipo circostanziato *debole*»?

Appare chiaro che far sì che l'opera valutativo-discrezionale di tipo qualitativo del giudice diventi un elemento «strutturale» della fattispecie, essenziale per la stessa individuazione del disvalore dell'elemento circostanziante, importa una ancora più

³⁰ Vedi capitolo 2.

³¹ Cfr. in tal senso F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 528.

³² Ebbene, la tipicizzazione normativa di questi dati rappresenta la base di partenza su cui si incardinano le operazioni valutative giudiziarie che, peraltro, agli stessi devono fare costante riferimento.

³³ Nell'accezione di doverosità sottolineata nel paragrafo 4.1 del presente capitolo. Cfr. in dottrina F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 170; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 45 s.

³⁴ Si badi bene tale operazione non è meramente ricognitiva ma valutativo-discrezionale di tipo qualitativo, dovendo il giudice formulare ed esprimere un giudizio di valore.

accentuata concretizzazione della norma in relazione alle dinamiche di manifestazione del fatto tipico di reato, il tutto in un'ottica di individualizzazione giudiziale della fattispecie e della pena³⁵. Dotare la norma di un certo tasso di elasticità e duttilità in ordine alla sua determinazione strutturale e valoriale significa, infatti, flessibilizzare la fattispecie e permetterne un'applicazione maggiormente consona alle caratteristiche del caso concreto. Nella dinamica formativa dell'elemento circostanziante, l'osservazione e la lettura del valore/disvalore espresso da quegli elementi del caso concreto "indiziati" dal segmento tipizzato, assume una centrale importanza di tipo « costitutivo ». Il fatto in tutte le sue peculiarità e nella sua concretezza fenomenica entra prepotentemente – per mezzo del giudizio di valore discrezionale-qualitativo formulato dal giudice – nella norma che è solo parzialmente tipizzata dal legislatore. Questo rinvio, se da un lato permette di ridurre quanto più possibile lo iato fra fattispecie astratta e fatto concreto (non essendo più la prima frutto di esclusive scelte presuntive disancorate dalla storicità del fatto tipico di reato posto in essere *hic et nunc*), dall'altro lato rivela margini di incertezza e aleatorietà intrinsecamente connotati in quel giudizio – tutto umano (e pertanto inevitabilmente fallace) - formulato dal giudice, sebbene pur sempre parzialmente guidato dalla scelta legislativa. Nessuna astratta presunzione né automatismo dichiarativo viene, dunque, a realizzarsi, ma un'attenta e ponderata analisi del caso concreto condotta nei termini posti dalla scelta elettiva e alla ricerca del disvalore espresso.

6. Le circostanze indefinite e la loro problematica tensione con il principio di tipicità penale

Quanto, infine, alla previsione di circostanze del reato costruite in maniera *generica*, facendo massivo ricorso alla discrezionalità del giudice nell'*an* dell'individuazione (oltre che nel *quantum* di variazione di pena) occorre fin da subito osservare che tale tecnica di tipizzazione pone non poche problematiche in relazione alle esigenze di tipicità sottese (anche) all'istituto delle circostanze del reato, nonché la conseguente necessità di indagare sul rapporto tra precisione del tipo e discrezionalità giudiziaria. Pur tuttavia, la suddetta tipologia di circostanze non si pone al di fuori della tipicità come, invece, si è osservato accadere per gli elementi costitutivi di fattispecie, i quali andrebbero a costituire un vero e proprio *non* tipo di reato.

La problematica appena posta in evidenza attiene alle c.d. circostanze indefinite o a tipizzazione assente, contrapposte, come noto, nelle tradizionali impostazioni classificatorie alle circostanze c.d. definite o tipiche³⁶.

³⁵ Alla luce delle osservazioni in punto di funzione delle circostanze del reato sarebbe più corretto dire che le circostanze discrezionali, proprio in virtù e forza del loro richiamo alla eterointegrazione da parte del giudice assolvano ad una preminente funzione di determinazione giudiziale della fattispecie e di commisurazione giudiziale della pena.

³⁶ Anche se abbiamo visto come sia maggiormente corretta una analisi di queste in contrapposizione con le circostanze obbligatorie e con quelle discrezionali.

Ebbene, è d'uopo preliminarmente osservare che la gran parte delle circostanze è delineata dal legislatore in modo abbastanza preciso, attraverso una puntuale descrizione legislativa della situazione circostanziante. Quanto appena osservato può, peraltro, agevolmente desumersi già dai cataloghi delle aggravanti e attenuanti comuni contenuti rispettivamente negli artt. 61 e 62 c.p. e a maggior ragione dall'analisi delle numerose circostanze speciali, le quali offrono, solitamente, proprio in virtù della loro *sedes* e stretta correlazione con una o più fattispecie incriminatrici determinate, un maggior tasso di analiticità descrittiva.

Esistono, tuttavia, elementi circostanziali che segnalano i fattori aggravanti o attenuanti senza alcuna descrizione legislativa o comunque senza una compiuta tipizzazione legislativa, rimettendo così al giudice (e alla sua discrezionalità) l'individuazione e la valutazione degli elementi fattuali del caso concreto eventualmente significativi ai fini della variazione della pena. La caratteristica comune di queste varie ipotesi è rappresentata dall'indeterminatezza del loro contenuto tipico. Proprio su tale dato si sono modellate le varie denominazioni utilizzate per designare il fenomeno. Si parla di circostanze «innominate», «arbitrarie», «libere» con una netta preferenza, tuttavia, per la qualifica di «indefinite» riferita alle aggravanti e alle attenuanti della legislazione speciale e di «generiche» per le attenuanti dell'art. 62 *bis* c.p., secondo l'uso terminologico invalso nella tradizione del codice Zanardelli.

Dato l'evidente difetto di legalità che caratterizza le circostanze indefinite, in particolare sotto il profilo della loro indeterminatezza, si è osservato che dovrebbero ritenersi ammissibili solo se attenuanti³⁷.

Tale ultima osservazione impone, dunque, una analisi separata delle circostanze *aggravanti* indefinite e delle circostanze *attenuanti* indefinite, poiché le problematiche che si pongono di fronte allo studioso sono parzialmente differenti.

Prima di procedere nella suddetta distinta disamina, è d'uopo sottolineare quale sia il fondamento sostanziale³⁸ sotteso a quelle circostanze (sia esse attenuanti che aggravanti) che si contraddistinguono per il fatto di essere prive della benché minima tipizzazione. Quale la *ratio* che ha spinto il legislatore alla loro previsione e, quindi, alla rinuncia del dogma legalistico (proprio anche della materia delle circostanze del reato) rappresentato dalla necessità di una loro rigorosa individuazione e puntuale definizione da parte del legislatore? E perché, dunque, spalancare le porte

³⁷ Cfr. in tal senso in particolare F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 535; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 27 ss.; Id., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 627 s.; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 200 ss.; G. Mrinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 468 ss.; *contra* G. Marini, *Le circostanze dl reato, parte generale*, cit., 163 ss.

³⁸ E non meramente politico, inteso come *occasio legis* dell'introduzione normativa. In determinati momenti storici, quando le cornici edittali previste nelle ipotesi incriminatrici di parte speciale sono avvertite inadeguate rispetto al cambiato assetto dei *mores* e le concrete manifestazioni fenomeniche dei fatti di reato - pur sempre riconducibili nell'alveo del disvalore della fattispecie tipica - non sono più sentite come inquadrabili nella valutazione legale astratta del *quantum* di pena, lo strumento delle circostanze indefinite diviene l'utile diversivo per non mettere mano a riforme che interessino le singole fattispecie di parte speciale, ottenendo ugualmente l'"effetto di adeguamento" del trattamento sanzionatorio ai nuovi fatti o alle nuove valutazioni valoriali.

all'opera plasmatrice (*para*-normativa) del giudice e, quindi, al suo potere valutativo-discrezionale di tipo qualitativo?

Ebbene, la ragione sottesa a tale tecnica di tipicizzazione (*rectius* di *non* tipicizzazione) deve ravvisarsi nella consapevolezza che non tutto può essere definito a livello astratto dalla legge e ciò poiché questa non riesce a contemplare in anticipo le infinite sfumature del caso concreto. Ecco, dunque, la necessità di ricorrere all'*aequitas* o *επίείκεια* con funzione di correttivo/completamento dell'assetto normativo³⁹.

Si badi bene, il termine *equità* (inteso in accezione *giuridica*) nelle sue radici terminologiche è espressione di un valore sentito come *neutro*. Il "giudizio equo" è, infatti, quel giudizio *equilibrato, imparziale, proporzionato e simmetrico*. Questa diviene, dunque, lo strumento per assicurare la giustizia del caso concreto ed un trattamento sanzionatorio proporzionato alla gravità del fatto. L'*equità* non è, pertanto, affatto antitetica al diritto, ma al contrario, è sostanza del diritto stesso e meta a cui questo deve tendere⁴⁰. Efficace, da questo punto di vista, il *topos* contenuto in un noto passo dell'*Etica Nichomachea* in cui Aristotele ricorda come non tutto possa essere definito dalla legge perché essa non riesce a contemplare in anticipo le infinite sfumature del caso concreto. E, per dare forza plastica alla necessità dell'*επίείκεια* nel giudizio, ricorre all'immagine del regolo usato dai muratori dell'isola di Lesbo, fatto di piombo – e non di legno o ferro – in modo da adattarsi alla superficie diseguale delle pietre raccolte per l'edificio in costruzione^{41 42}. L'idea di fondo è, dunque, quella

³⁹ L'espressione greca del termine appare sicuramente più consona rispetto al significato che andremo delineando.

⁴⁰ In tal senso si esprimeva proprio un illustre romanista il quale osservava testualmente che l'*equità* si fa «sostanza del diritto medesimo e meta a cui tende». Cfr. in tal senso C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 7.

⁴¹ Cfr. Aristotele, *Etica Nichomachea*, V, 10, 1137b-1138°, ora in Id, *Opere*, tr.it., e a cura di A. Plebe, Roma-Bari, 1973, vol. VII, 134 s.; "Ed è questa la natura dell'equo; un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità. Questo, infatti, è il motivo per cui non tutto può essere definito dalla legge: ci sono dei casi in cui è impossibile stabilire una legge, tanto che è necessario un decreto. Infatti, di una cosa indeterminata anche la norma è indeterminata, come il regolo di piombo usato nella costruzione di Lesbo: il regolo si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido, come il decreto si adatta ai fatti". Per un altro passo in cui lo Stagirita affronta il tema dell'*equità*, cfr. Aristotele, *Rhetorica*, I, XIII, 1374°-1374b, tr.it., a cura di M. Donati, Milano, 1996, 109 ss. Sulla teoria dell'*επίείκεια* aristotelica cfr. M. Hamburger, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, New York, 1951, 89 ss.; F. D'Agostino, *Epeicheia, Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973, 78 ss.

⁴² L'immagine avrà grande fortuna nella letteratura sull'*equità*: vi faranno ricorso fra gli altri, San Tommaso d'Aquino, Egidio Romano, Lutero, Guillame Budé, Thomas More, Erasmo da Rotterdam, Jean Bodin, etc. Quest'ultimo, però, maggiormente incline a fare emergere la sostanza politica del concetto, contrappone alla *regula Lesbia*, simbolo della giustizia geometrica o distributiva, la rigida *regula Polycleti*, distintiva, invece, della giustizia aritmetica o commutativa. Cfr. il capitolo VI del libro VI di J. Bodin, *I sei libri dello Stato (Les six livres de la Republique, 1576)*, III tr.it., a cura di D. Guaglianone e M. Isnardi Parente, Torino, 1997, 569 s., il quale poi suggerisce una terza via, una giustizia armonica che "non sia così rigida da non potersi piegare dolcemente quando ce ne sia bisogno e poi subito raddrizzarsi". Sugli sviluppi dell'*equità* nella classicità post-aristotelica cfr. G. Giarrizzo, *Aequitas e prudentia. Storia di un topos vichiano*, in Id, *Vico, la politica e la storia*, Napoli, 1981, 143 ss. In tempi più recenti il concetto è stato ripreso, benché con tutt'altro significato e profondità di analisi e implicazioni, nel campo della filoso-

che il potere legislativo non può prevedere in maniera esaustiva e tassativa tutto ciò che è necessario al fine di apprezzare la gravità del fatto storico di reato. Ecco allora che diviene indispensabile dare campo e spazio all'intervento del potere giudiziario, il quale è il solo in grado, attraverso la lettura del caso concreto, di rilevare un determinato valore/disvalore che, sebbene legislativamente non contemplato, può logicamente violare i limiti sanzionatori rappresentati dalla cornice edittale per quella determinata fattispecie di reato a cui il fatto concreto circostanziato è pur sempre sussumibile e nel cui disvalore tipico-base è pur sempre riconducibile.

In altre parole, le circostanze indefinite si rendono, dunque, espressione di una esigenza di equità che si fa sostanza nel diritto per loro tramite e appaiono il viatico per contrastare lo spettro della lacuna legata ai limiti umani del legislatore, al quale non potrebbe chiedersi di determinare a priori elementi che possono rilevarsi con il loro significato positivo o negativo solo in una concreta situazione e che al diritto spetta contemplare correndo altrimenti il rischio di sminuire la sua funzione di regola adeguata e proporzionata alla realtà della vita.

Ebbene, nel concetto di *equità* così inteso si incarna il fine supremo del diritto che è quello di applicare pari trattamento a questioni pari (non a caso il significato etimologico dell'*aequitas* rimanda al valore dell'uguaglianza), assicurare uguale protezione a valori ugualmente meritevoli, contemperare negli inevitabili conflitti degli esseri umani le diverse esigenze.

Diversamente, secondo un'accezione *politica* dell'equità (radicatasi per la prima volta nel diritto inglese), questa sarebbe sinonimo di giudizio clementiale e benevolo nei confronti del reo. Tale indirizzo ermeneutico, così argomentando, ha portato alla distorsione dell'originario significato del termine *aequitas* e allo sviluppo nell'applicazione giudiziaria dell'indulgenzialismo e del pietismo.

6.1 Alcune questioni di fondo sul tappeto: la lacuna nell'incriminazione e nella dosimetria della pena e il rapporto fra circostanze indefinite ed art. 133 c.p.

Sempre in via preliminare e prima di addentrarsi nel vivo delle problematiche che le circostanze indefinite pongono in relazione al principio di tipicità, stante la loro non individuazione legislativa dell'elemento, occorre porre l'attenzione su due questioni di centrale importanza.

A. La prima problematica da esaminare attiene al perché l'esigenza di colmare le lacune derivanti dalle scelte di positivizzazione (del tutto inevitabili, non essendo il legislatore in grado di contemplare in anticipo ed in astratto tutte le infinite sfumature e articolazioni del caso concreto) si pone solo ed esclusivamente rispetto agli elementi accessori e non anche rispetto a quelli costitutivi di fattispecie? Perché, dunque, nell'un caso la lacuna è vista come uno "spettro" da evitare e a cui occorre

fia politica. Ormai celebre è l'elaborazione di J. Rawls, *Giustizia come equità: una riformulazione (Justice as Fairness: a Restatement*, 2001), tr.it. a cura di G. Rigamonti, Milano 2006, che dell'equità ha fatto il caposaldo più avanzato della sua teoria della giustizia. Una ricostruzione del ruolo dell'equità nella teoria e nella filosofia del diritto è offerta da G.M. Chiodi, *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000.

porre rimedio per mezzo dell'azione taumaturgica delle generiche e dall'altro, invece, diviene il presupposto-fondamento irrinunciabile del diritto penale?

Sottesa a questa differente impostazione risiede ancora una volta la diversità connettuale-sostanziale che intercorre fra elemento costitutivo ed elemento accessorio, nonché la loro diversa funzione.

Ebbene, rispetto a ciò che è costitutivo ed essenziale per l'individuazione della scelta incriminatrice, dalla cui presenza/assenza dipende, dunque, la illiceità/liceità del fatto posto in essere, la lacuna è funzionale alla realizzazione delle istanze di certezza⁴³ e garanzia sottese al principio di legalità e più specificamente al divieto di analogia. Più precisamente, il superamento dell'argine costituito dalla fattispecie legislativamente prevista, provocherebbe un processo di penalizzazione in via giudiziaria, con conseguente rischio di estensione senza controllo dell'area del penalmente rilevante. Platealmente contraddetto risulterebbe, dunque, il carattere frammentario del diritto penale ed il principio di tipicità⁴⁴.

Viceversa, la lacuna rispetto a ciò che è accessorio e che gioca, dunque, un ruolo decisivo non sull'*an* delle scelte di criminalizzazione ma sul *quantum* del trattamento sanzionatorio - producendo i propri effetti quali-quantitativi pur sempre all'interno del tipo-disvaloriale della fattispecie base⁴⁵ - è avvertita come un difetto del sistema. Potrebbe questa, infatti, generare l'impossibilità di commisurare una pena effettivamente proporzionata al disvalore del fatto storico di reato. Il giudice potrebbe non essere in grado di apprezzare (nel momento della quantificazione della pena da irrogare) la reale gravità del reato così come manifestatosi nelle peculiarità del caso concreto e ciò poiché: *a*) dal legislatore non può pretendersi esaustività nella tipizzazione di tutte le circostanze proprie (e cioè di tutti quegli elementi dotati di una pregnanza valoriale/disvaloriale tale da poter rompere i margini edittali di fatti-

⁴³ Il procedimento analogico provoca, infatti, incertezza, dal momento che presenta almeno due momenti altamente valutativi: quello dell'eventuale individuazione delle ragioni di differenziazione delle fattispecie e quello della loro ponderazione con le contrapposte esigenze di estensione della disciplina.

⁴⁴ Caratteristica propria del diritto penale deve essere la sua «frammentarietà», nel senso cioè che le varie norme incriminatrici non debbono porsi l'una accanto all'altra senza soluzioni di continuità, così da identificare un campo di illiceità uniforme, continuo, di cui è possibile scorgere i confini. Infatti, sebbene la vita conosca solo «passaggi continui» (*fließende Übergänge*), il diritto penale non può punire che le azioni più gravi e non anche quelle solamente riprovevoli: il procedimento analogico, attraverso successive similitudini, porterebbe ad estendere senza limiti il campo del punibile, poiché il giudice penale, a differenza di quello civile, non trova un limite all'espansione della repressione nelle posizioni contrastanti delle parti. La frammentarietà del diritto penale, dunque, è ciò che garantisce la sua conciliabilità col principio di libertà, ed attuata proprio dalla determinatezza di formulazione delle singole fattispecie, che - se «ben determinate» - risultano l'una l'altra sempre separate da più o meno ampie zone di liceità. Sullo sfondo dell'affermazione del carattere frammentario del diritto penale sta una vera e propria scelta di fondo, secondo la quale la libertà individuale costituisce la regola, mentre la punibilità è l'eccezione e la pena l'ultima *ratio*: questo rapporto viene garantito dalla frammentarietà del diritto penale e, cioè, dalla determinatezza della fattispecie. La imprecisione e l'eccessiva elasticità di quest'ultima, infatti, fa sì che il campo dell'illiceità diventi un *continuum* nel quale il valore della libertà viene sospinto e compreso ai margini del sistema. Cfr. in tal senso F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 172; Mayer, *Die gesetzliche Bestimmtheit*, in *Materialien*, cit., 273 s.; Maiwald, *Zum fragmentarischen Charakter*, cit. 24.

⁴⁵ E, quindi, giocando un preminente ruolo sul piano commisurativo della pena.

specie); *b*) alcuni elementi *talvolta* possono manifestarsi con una intensità tale da non farli ritenere meritevoli (neppure potenzialmente) di rompere la forbice edittale⁴⁶, *talaltra* volta, invece, sì. In buona sostanza, in assenza delle circostanze indefinite e, quindi, di strumenti tecnici in grado di colmare le lacune normative nella materia delle circostanze *tout court*, il giudice non sarebbe in grado di assolvere ad uno⁴⁷ dei suoi compiti essenziali: *id est* quello commisurativo della pena. E ciò poiché il fatto storico di reato potrebbe esprimere, per la concreta presenza di elementi non tipizzati come circostanze proprie, un valore/disvalore inidoneo ad essere ricompreso all'interno della cornice edittale del reato semplice.

Le generiche divengono in tale ottica addirittura coesenziali alla realizzazione dei principi di eguaglianza e proporzione. Valvola di sicurezza del sistema riposta nelle mani del giudice in grado di plasmare il trattamento sanzionatorio anche al di là dell'ingessatura legislativamente prefissata con la cornice edittale, permettono, dunque, di riconoscere natura circostanziante a ciò che lo è solo in "sostanza", ma non anche in "forma".

B. La seconda questione che deve essere affrontata concerne, invece, il rapporto fra circostanze indefinite ed indici di commisurazione della pena in senso stretto. Come abbiamo avuto più volte modo di sottolineare, l'art. 133 c.p. contiene un'elencazione non tassativa né chiusa degli elementi che il giudice deve tenere in considerazione nel commisurare la pena all'interno della cornice edittale posta dalla fattispecie incriminatrice ed individua quali macro categorie da cui attingere, *a*) la gravità del reato e *b*) la capacità a delinquere del reo. In buona sostanza è come se il legislatore attraverso il disposto normativo in esame dicesse al giudice di investigare su *tutto*, su di ogni aspetto del fatto di reato così come realizzatosi e sul soggetto agente in carne ed ossa. "Fatto" e "soggetto" nella loro interezza e concretezza entrano, quindi, - attraverso la lente di ingrandimento del giudice - nella norma⁴⁸ e ciò poiché *tutto*, ogni singolo particolare, può e deve contribuire all'individuazione di una pena che sia proporzionata alla colpevolezza per il fatto *hic et nunc* posto in essere. Un giudizio *onnicomprendivo* e *sintetico*, dunque, quello sotteso alle operazioni commisurative in senso stretto; ma quale il suo rapporto con le circostanze indefinite?

Ebbene, la questione appare di una complessità pari al sesto grado superiore. Tale difficoltà è dovuta al fatto che a ben vedere anche le circostanze «a tipicizzazione assente», così come gli indici commisurativi in senso stretto rimettono al giudice il compito di investigare il caso concreto e la persona del reo: il substrato di partenza dei due giudizi (quello volto a ricercare una circostanza propria non tipizzata e quello indirizzato ad individuare la pena-base) è pertanto il medesimo. Nella ricerca della presenza di un valore/disvalore da eleggere a circostanza il giudice dispone, dunque, del medesimo corredo di elementi che lo guidano nelle operazioni commisurative

⁴⁶ Rimanendo così circostanze improprie.

⁴⁷ E forse questo il più gravoso.

⁴⁸ Più precisamente nella vicenda commisurativa.

infraedittali. Se, pertanto, nessuna differenza può ravvisarsi sotto il profilo *strutturale* fra i suddetti giudizi, occorre verificare se questi non differiscano sul diverso piano *funzionale*.

Ebbene, le operazioni logico-valutative che conducono il giudice a quantificare la pena-base, quale esito della commisurazione in senso stretto, si caratterizzano per essere espressione di un giudizio di tipo «sintetico». Nessuna valutazione e ponderazione aritmetica di tutti gli elementi (peraltro infiniti) emersi nel caso concreto è, infatti, richiesta, ma più semplicemente il giudice effettua una operazione mentale mediante la quale risale da elementi particolari e molteplici ad un valore unitario. Più precisamente, si tratta di un processo mentale che unisce in un tutto unitario e coerente elementi diversi per mezzo di un giudizio generale che ne è la sintesi. L'interprete è, dunque, chiamato a compiere un giudizio di tipo "intuitivo"⁴⁹ a seguito di una valutazione di insieme (*Abwägung*), volto a cogliere il valore caratterizzante il fatto che ne permette l'orientamento all'interno della cornice edittale. Quanto poi ai criteri di ordine finalistico a cui deve essere orientata la commisurazione della pena in senso stretto è d'uopo osservare come – stante l'assenza di una espressa indicazione normativa in tal senso – la dottrina e la giurisprudenza più autorevoli ritengono, all'esito di una lettura costituzionalmente orientata dei criteri di commisurazione della pena⁵⁰, che alla misura della colpevolezza debba essere affidato il compito di fissare una sorta di *tetto* non superabile nell'irrogazione della pena e alle finalità di recupero sociale, l'efficacia di indurre a determinare la pena in misura inferiore al limite segnato dalla colpevolezza, ogni qualvolta l'inflizione di una pena meno elevata appaia conforme allo scopo di facilitare il processo di risocializzazione del condannato o, quanto meno, di scongiurarne la (ulteriore) desocializzazione. Auspicabile pare tuttavia, nel contempo, che gli effetti della specialprevenzione sul *quantum* di pena, rimangano sempre legislativamente contenuti entro limiti che – in relazione alla gravità del singolo e concreto illecito colpevole – non disperdano il senso ultimo dell'intervento punitivo statutale⁵¹.

⁴⁹ Il carattere dell'intuitività è sottolineato per la prima volta da un illustre autore, il quale ne traccia le similitudini con il giudizio sotteso al giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee. Cfr. in tal senso A.M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 24 ss.

⁵⁰ In tal senso si è fatto, infatti, riferimento all'art. 27 Cost., il quale da un lato esige di attribuire alla misura della colpevolezza del soggetto il ruolo di criterio-guida ai fini della commisurazione della pena, dall'altro afferma la finalità rieducativa della pena.

⁵¹ Si tratta di un modello commisurativo strutturato in termini «discendenti», poiché muovendo dalla pena-colpevolezza consente un movimento verso il basso che permette di sottolineare nella delicata e «politicalmente» importante fase dell'irrogazione della pena, il significato morale e civile dell'art. 27.3 Cost. E: Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 257 ss.; Id, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 345 ss.; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 89 s. e 465 ss.; M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma nel codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Bologna, 1980, 180 ss.; Id, *Commentario sistematico del codice penale*, II, art. 85-149, 314; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 313. In giurisprudenza vedi fra tutte la nota sentenza Corte Cost., sent. n. 50/1980.

Ciò posto e considerato in ordine alla funzione e alle finalità sottese al giudizio valutativo-discrezionale proprio delle operazioni di commisurazione della pena in senso stretto, occorre osservare che è questo simile alle valutazioni a cui è chiamato il giudice in caso di concorso eterogeneo di circostanze *ex art. 69 c.p.*⁵², ma al contempo profondamente diverso dalle operazioni logiche sottostanti al riconoscimento delle circostanze indefinite.

Più precisamente, infatti, la valutazione discrezionale di tipo qualitativo sottesa alle circostanze indefinite concerne un *singolo* elemento del caso concreto. Non si tratta, pertanto, di un giudizio sintetico volto a rivelare un generico disvalore/valore di cui la vicenda criminosa considerata nel suo complesso sarebbe espressione, ma il giudice nell'analizzare il fatto storico di reato *hic et nunc* posto in essere e la persona del reo coglie uno *specifico* connotato del fatto o della persona che, così come concretamente estrinsecatosi nella realtà fenomenica, merita di essere apprezzato con una capacità incisiva sulla pena potenzialmente maggiore rispetto a quella posseduta dalle circostanze improprie. Così individuato l'elemento viene, dunque, sottratto dall'alveo degli indici commisurativi *ex 133 c.p.* ed eletto dall'organo giudicante a circostanza propria.

Il giudice, quindi, per individuare l'elemento circostanziale la cui tipizzazione è assente, non deve apprezzare la significanza disvaloriale complessiva del fatto tipico di reato ponendola in rapporto con i fini dell'ordinamento, ma è chiamato a cogliere un *determinato* dato della realtà espressivo di un peculiare valore/disvalore⁵³ alla luce del contesto storico sociale. Nulla di più analitico e specifico, dunque, in esatta antitesi alle operazioni valutativo-sintetiche. L'interprete è cioè chiamato ad un rigore nella scelta dei casi cui accordare la variazione di pena e ad un rigore motivazionale ben preciso che specifichi dettagliatamente gli elementi che si intende eleggere a circostanza propria⁵⁴.

Nonostante appaia evidente la correttezza delle osservazioni appena sviluppate, duole constatare come sia assolutamente ancora prevalente in dottrina e giurisprudenza il collegamento fra le circostanze a tipizzazione assente e l'art. 133 c.p., nel senso che la concessione delle circostanze indefinite è subordinata non già al semplice accertamento di un dato provvisto di valore attenuante o aggravante, ma (anche)

⁵² Quantomeno ove si consideri il giudizio di tipo sintetico complessivo volto a individuare la nota caratterizzante di tipo valoriale o disvaloriale e non un puntuale raffronto/bilanciamento fra le circostanze eterogenee in concorso.

⁵³ Nella realtà non ci sono infatti valori ma dati espressivi di un valore.

⁵⁴ In tal senso vedi proprio il progetto di riforma del codice Rocco denominato Riz. Tale disegno di legge al punto 9.11 della relazione all'articolato, affermava testualmente che «[...] il Comitato ha ritenuto di poter avviare, almeno parzialmente, chiedendo rigore nella scelta dei casi e rigore nelle relative motivazioni, con una formula del seguente tenore: "Il giudice, oltre alle circostanze predisposte dalla legge, può prendere in considerazione alter circostanze diverse specificamente indicate, soltanto qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate, in ogni caso, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze attenuanti previste dalla legge"».

ad una considerazione complessiva del fatto e della personalità dell'agente⁵⁵. Ebbene, occorre ribadirlo essendo il punto di centrale importanza nell'economia del nostro ragionamento, il principio così affermato non appare accoglibile. Le circostanze indefinite presuppongono un giudizio valutativo discrezionale di tipo qualitativo che si deve riferire solo ed esclusivamente alla valutazione dell'elemento in sé e vogliono che sia questo tale da giustificare una diminuzione o un aumento (debitamente mo-

⁵⁵ Cfr. in dottrina E. Dolcini, *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 744; G. Bettiol, *Attenuanti generiche e art. 133*, in *Giur. it.*, 1946, II, 39 ss.; A. Longo, *Le circostanze attenuanti generiche: concessione o riconoscimento?*, in *Ind. pen.*, 2000, 1243 ss. In giurisprudenza vedasi in particolare per la loro chiarezza sul punto, Cass. pen., Sez. II, 3 dicembre 1945, Ancarati, in *Giust. pen.*, 1946, II, 118; Cass. pen., Sez. II, 28 dicembre 1945, Caloselli, in *Giust. pen.*, 1946, II, 40; Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 1948, Ibbia; Cass. pen., Sez. I, 12 gennaio 1949, in *Giust. pen.*, II, 806 s.; Cass. pen., 1° dicembre 1947, in *Cass. pen.*, II, 270; Cass. pen., 10 maggio 1971, in *Cass. pen. mass. annot.*, 1972, 825 ss.; Cass. pen. n. 1009/1984; Cass. pen., n. 6992/1992; Cass. pen., n. 11361/1992; Cass. pen., n. 3772/1994; Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 1998, n. 2137; Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1998, Favalaro, in *CED Cass.* n. 212531; Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1999, n. 12496; Cass. pen., Sez. VI, 28 maggio 1999, 8668, in *Ind. pen.*, 2000, 1243; Cass. pen., Sez. V, 1° dicembre 2000, in *Ind. pen.*, 2000, 1243; Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2000, n. 13048; Cass. pen., Sez. I, 3 giugno 2001, n. 29679; Cass. pen., Sez. I, 7 novembre 2001, Alfieri, n. 43241, in *Cass. pen.*, 2002, 2748; Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 2002, n. 20818; Cass. pen., n. 26003/2003; Cass. pen., Sez. I, 21 maggio 2003, Tancredi, in *CED Cass.* 224995; Cass. pen., Sez. I, 4 novembre 2004, n. 46954; Cass. pen., Sez. I, 3 febbraio 2006, n. 14527, C., in *Cass. pen.*, 2007, 1647; Cass. pen., n. 31440, 20008; Cass. pen., Sez. IV, 25 giugno 2008, n. 31440; Cass. pen., n. 23014/2009; Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 20145, C. e altro; Cass. pen., Sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 411365, S.; Cass. pen., Sez. III, 16 dicembre 2010, n. 11963; Cass. pen., Sez. Cass. pen., Sez. VI, 25 marzo 2011, n. 14556, B. e altro, in *CED Cass.* 2011. *Contra*, in dottrina vedasi fra tutti, M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 70 s., 79 e 177; E. Battaglini, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche*, cit., 812. E' possibile riscontrare in tal senso anche un indirizzo giurisprudenziale – sebbene minoritario – ma pur sempre di una certa consistenza. Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre, 2011, n. 41365, Straface, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di Angela Colella. Particolarmente interessante è la suddetta sentenza nel momento in cui afferma che: «[...] la concessione delle attenuanti generiche risponde a una facoltà discrezionale, il cui esercizio, positivo o negativo che sia, deve essere motivato nei soli limiti atti a far emergere in misura sufficiente il pensiero dello stesso giudice circa l'adeguamento della pena concreta alla gravità effettiva del reato ed alla personalità del reo. Tali attenuanti non vanno intese come oggetto di una benevola concessione da parte del giudice, né l'applicazione di esse costituisce un diritto in assenza di elementi negativi, ma la loro concessione deve avvenire come riconoscimento della esistenza di elementi di segno positivo, suscettivi di positivo apprezzamento. Nel caso di specie, con i motivi di appello l'imputato si era limitato ad invocare in modo del tutto generico la concessione delle attenuanti in parola, senza indicare alcun elemento meritevole di favorevole valutazione. Il giudice del gravame, pertanto, nel valutare la richiesta, non era tenuto a un pregnante onere di motivazione»; ancora Cass. pen., Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 3609, S., in *Cass. pen.*, 2011, 3458 ss.; Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 2010, n. 33506, in *Cass. pen.*, 2011, 2607; Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2010, n. 34364; Cass. pen., Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 42314, in *Guid. dir.*, 2009, 50, 74; Cass. pen., Sez. II, 23 settembre 2009, n. 2035, K., in *Guid. dir.*, 2010, 11, 90; Cass. pen., Sez. II, 23 giugno 2009, n. 27158, S.F., in *Dir. giust.*, 2009; Cass. pen., Sez. II, 04 ottobre 2006, n. 40383, M., in *Guid. dir.*, 2007, 3, 79; Cass. pen., n. 2285/2005; Cass. pen., Sez. I, 13 novembre 2004, n. 46954; Cass. pen., Sez. II, 11 ottobre 2004, n. 2285, A. e altro, in *Cass. pen.*, 2006, 2481; Cass. pen., n. 36382/2003; Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1999, n. 12496, Guglielmini e altro, in *Cass. pen.*, 2000, 1949; Cass. pen., 13 novembre 1997, n. 707; Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 2002, Balo, in *Cass. pen.*, 2003, 1531; Cass. pen., Sez. II, 27 febbraio 1997, Zampella, in *Giust. pen.*, 1997, II, 691; Cass. pen., Sez. I, 11 dicembre 1996, Adreveno, in *Cass. pen.*, 1998, 806; Cass. pen., Sez. II, 16 gennaio 1996, n. 4790, Romeo, in *CED Cass.* 204768; Cass. pen., Sez. I, 06 ottobre 1995, Biordo, in *Cass. pen.*, 1997, 989.

tivata in sentenza) di pena con efficacia extraeditale. Non sussiste, dunque, alcuna analogia né tantomeno equiparazione fra il potere discrezionale riconosciuto al giudice nel concedere o meno l'applicazione della circostanza indefinita e il potere discrezionale inerente alla determinazione concreta della pena-base. Sostanzialmente diverso è il contenuto dell'uno e dell'altro potere discrezionale di tipo qualitativo.

6.2 Le circostanze aggravanti indefinite ed il «tipo circostanziato *aggravato flessibile*». Il caso problematico della recidiva

Come in precedenza sottolineato, proprio l'evidente difetto di legalità - in particolare sotto il profilo del corollario formale della indeterminatezza - quale caratteristico delle circostanze indefinite, impone allo studioso della tematica una riflessione ed indagine separata delle *aggravanti* e delle *attenuanti* e ciò poiché le problematiche che si pongono di fronte sono parzialmente differenti.

Ebbene, molto rare sono ormai le aggravanti indefinite che ricollegano aggravati di pena spesso sensibili alla ricorrenza di «casi più gravi» o di fatti «di rilevante gravità». Presenti essenzialmente nella legislazione complementare, queste hanno, infatti, progressivamente condiviso la sorte della depenalizzazione riservata alle corrispondenti fattispecie di base. Per effetto della depenalizzazione sono, dunque, venute meno una serie di disposizioni penali sulle quali si addensavano serissimi dubbi di legittimità costituzionale: la tecnica di formulazione delle circostanze aggravanti indefinite lasciava margini incontrollabili alle scelte discrezionali del giudice, in aperta violazione del principio di precisione di cui all'art. 25.2 Cost. Il più importante esempio di aggravante indefinita era rappresentato dalla previgente legge sull'assegno (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), che all'art. 116.1 prevedeva un aggravamento qualitativo della pena (la reclusione in aggiunta alla multa) per i « casi più gravi » di abuso in assegno. Tale previsione non ha tuttavia alcun equivalente nella disciplina introdotta con la legge 15 dicembre 1990, n. 386, ulteriormente modificata nel 1999, allorché i delitti di emissione di assegno senza autorizzazione e di emissione di assegno senza provvista sono stati trasformati in illeciti amministrativi (art. 28 d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507). Del pari sono state depenalizzate nel 1999 (art. 1 d.lgs. n. 507 del 1999) alcune ulteriori ipotesi di aggravanti indefinite che erano contemplate nella legislazione in materia di alimenti: d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033, art. 2, nella versione della legge 23 febbraio 1950, n. 66: « nei casi in cui la violazione riveste particolare gravità»; legge 23 dicembre 1956, n. 1526, art. 12 «nei casi più gravi»; legge 13 novembre 1960, n. 1407, art. 8 «nei casi di particolare gravità». Occorre, tuttavia, osservare che per la verità anche per *by-passare* le suddette tensioni con i principi costituzionali in materia penale si è posta - ad opera della Corte Costituzionale - in discussione la stessa natura circostanziale delle aggravanti indefinite. Mentre, infatti, per le circostanze attenuanti generiche ed indefinite non si è pressoché mai dubitato che si trattasse di circostanze vere e proprie, la natura giuridica delle aggravanti indefinite è stata, invece, lungamente contestata, discutendo se si trattasse di

circostanze ovvero se le pene per i « casi più gravi » si ponessero « semplicemente quale limite superiore di una pena edittalmente complessa »⁵⁶. Pur tuttavia, per quanto autorevolmente sostenuto dalla pronuncia della Corte Costituzionale 13 luglio 1970, n. 131⁵⁷ sul tema dell'art. 116, r.d. 29 dicembre 1933 n. 1736, la tesi della comminatoria unica complessa può dirsi ormai abbandonata.

Al di là di indagini volte a comprendere l'effettivo significato dell'impostazione *de qua* – che sembrerebbe, comunque, giocare all'interno di una fattispecie di reato autonoma –, qui più specificamente interessa verificare se, attesa la loro natura circostanziale, disposizioni di questo tipo possono dirsi conformi al principio di tipicità proprio della materia penale.

Per quanto riguarda le aggravanti indefinite, è opportuno ricordare che l'atteggiamento della Corte Costituzionale, contrario alla loro qualificazione circostanziale, è stato molto plausibilmente influenzato dalla consapevolezza che la garanzia costituzionale non poteva non estendersi anche alle circostanze aggravanti, e che pertanto previsioni tanto indeterminate potessero essere « recuperate » soltanto ammettendo che la soglia edittale prescritta fosse in realtà la soglia edittale del reato stesso. A tal fine giocava, poi, favorevolmente la differenza fondamentale che intercorre fra le circostanze indefinite e tutte le altre circostanze proprie: l'assenza di tipizzazione. In effetti, non sembra si possa sostenere che le esigenze del principio di tassatività siano rilevanti soltanto « in rapporto agli elementi costitutivi della responsabilità penale, ossia sul terreno della differenziazione della sfera del lecito da quella dell'illecito », di modo di che, tutto ciò che si dovrebbe esigere per le circostanze è che siano poste per legge (onde poter incidere sulla conseguenza di un illecito esclusivamente posto da tale fonte), ma non anche che siano tassativamente definite: una riserva relativa, dunque, corrispondente soltanto ai canoni della gerarchia delle fonti⁵⁸. La tesi, come sopra anticipato, non può essere, tuttavia, condivisa e ciò – in estrema sintesi – in quanto si pone in aperto contrasto con le stesse caratteristiche strutturali degli elementi in questione i quali ne rilevarebbero, dunque, una inequivocabile natura circostanziale. Orbene, è d'uopo osservare che le circostanze aggravanti indefinite o generiche concorrono ad individuare un « tipo circostanziato aggravato flessibile » che si pone in termini di incompatibilità con il principio stesso di legalità dal momento che il legislatore rinuncia, in favore del giudice, a dare corpo ad un modello legale capace di rispecchiare univocamente dei fenomeni relazionati capaci di esprimere un disvalore omogeneo quanto al contenuto. L'opera di tipizzazione (in *malam partem*) verrebbe, dunque, deferita all'organo giudiziario che diverrebbe così esso stesso il “selezionatore” di quei dati (i più eterogenei) attinenti alle peculiari caratteristiche del fatto concreto o del suo autore conferendogli la forza di sfondamento dei limiti edittali di fattispecie verso l'alto: in sostanza il giudice ver-

⁵⁶ Cfr., fra tutti, F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1041 ss.; nonché T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 200 ss.; R. Greco, *Le circostanze del reato*, in *Riv. pen.*, 1962, 660 ss.

⁵⁷ Pubblicata in *Giur. cost.*, 1970, 1598 ss.

⁵⁸ Cfr. T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 201 s.

rebbe a sostituirsi al legislatore nell'opera di selezione degli elementi da elevare a circostanze aggravanti proprie. Una precisazione tutt'altro che banale e scontata si impone. Il giudice, divenuto demiurgo dell'elemento circostanziale aggravatore, acquisterebbe un potere in definitiva in grado di incidere (entro, tuttavia, limiti esterni legislativamente eteroimposti) modificandola già sul piano della previsione astratta sulla comminatoria legale propria della fattispecie base così come posta dal legislatore. In sostanza - e questo è il nodo centrale che pongono le aggravanti indefinite in uno stato di inconciliabile tensione con i principi costituzionali in materia penale - il giudice sarebbe in grado, in virtù ed in forza proprio dell'efficacia extraeditale ricollegata all'istituto delle circostanze proprie del reato, di incidere in prima persona, seppur entro limiti massimi di variazione predeterminati, sulla forbice editale sancita dal legislatore. Quanto detto si realizzerebbe, peraltro, non già e tanto attraverso un'attività di tipo "euristico" volta a rinvenire nella realtà fenomenica del fatto storico di reato quei "sintomi" dell'elemento circostanziale eletto già "a monte" da parte del legislatore; bensì per mezzo di una complessa attività più propriamente «*para-normativa*». Il giudice è, infatti, chiamato all'osservazione del fatto storico penalmente rilevante *hic et nunc* verificatosi e alla ricerca di uno o più elementi espressivi di un disvalore tale da non esaurire i propri effetti nel solo orientamento commisurativo infraeditale, ma da connotare in termini più "radicali" la fattispecie rideterminando in astratto la comminatoria editale. E' come se il consueto passaggio (tradizionalmente ritenuto proprio dell'istituto delle circostanze del reato caratterizzandole così quale *trait d'union* tra previsione astratta e fatto concreto) dalla fattispecie astratta al caso concreto subisse in presenza di una circostanza indefinita o generica una netta inversione: il giudice, infatti, procedendo dal caso concreto costruisce (sostanzianandola) la fattispecie circostanziata astratta. Del tutto compromessa risulterebbe, pertanto, la fisionomia essenziale del tipo criminoso venendo meno quella necessaria sintesi tra il «segno linguistico» utilizzato per la formulazione normativa e il disvalore intrinseco che ad esso deve necessariamente accompagnarsi; un disvalore, il quale appare realmente tipico in quanto rigorosamente uniforme, rivelatore cioè di una selezione dei fatti operata in funzione dell'accostamento tra loro di ipotesi racchiuse in quello spazio - estremamente circoscritto - che è imposto dalla necessaria frammentarietà dell'intervento penale. Il ricorso ad una «tipicità flessibile» rispetto all'istituto delle circostanze aggravanti risulta, parimenti a quanto si è osservato per gli elementi costitutivi, incompatibile con la stessa fisionomia delle fattispecie (anche quella circostanziata) ponendosi in conflitto con il principio di determinatezza, e più precisamente ancora, con i criteri che questo impone al legislatore nel configurare i fatti tipici e, quindi, in definitiva con la stessa natura e fisionomia del tipo che risulti conforme a tali criteri⁵⁹.

In conclusione sul punto occorre porre di nuovo mente all'istituto della recidiva. Sebbene, infatti, le circostanze aggravanti indefinite siano oggi pressoché scomparse

⁵⁹ Cfr. in tal senso F. Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1051; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 200; G. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 118 ss.

dal panorama normativo penale, stante la loro inconciliabile frizione con il principio di legalità, un esempio altamente problematico appare comunque sussistere (quantomeno nella prassi applicativa giurisprudenziale): *id est* la recidiva.

Più precisamente, la giurisprudenza di legittimità e costituzionale nel valutare i presupposti per la dichiarazione dell'aggravante di cui all'art. 99 c.p. ed il ruolo ricoperto a tal fine dagli indici di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p., appare seguire tre differenti orientamenti⁶⁰.

a) Un primo, consistente e maggioritario filone giurisprudenziale interpreta il giudizio valutativo-discrezionale di tipo qualitativo sotteso al riconoscimento dell'aggravante in questione, nel senso di un'indagine *pervasiva e totalizzante* del fatto storico di reato e della capacità a delinquere del soggetto⁶¹. Emblematiche in tal senso sono le parole espresse dalla Corte di Cassazione, Sez. VI, nella sentenza n. 10405 del 7 febbraio 2008⁶²: «[...] il giudice di merito conserva immutato, con l'unica eccezione delle ipotesi previste dall'art. 99, comma 5 c.p., il potere di apprezzare la rilevanza della recidiva nel caso concreto; e nel caso concreto è chiamato a valutare la "significatività" del nuovo episodio criminoso, per stabilire all'esito di tale deliberazione la applicabilità o la non applicabilità della recidiva». Un giudizio, dunque, quello a cui è chiamato il giudice, di tipo «generale», «depositivizzato» ed «onnicomprensivo», che ha come base il complesso (infinito) degli elementi di cui all'art. 133 c.p. In altre parole, secondo l'orientamento ermeneutico in esame, l'interprete sarebbe chiamato ad individuare nel caso concreto i tratti espressivi di una maggiore colpevolezza e di una maggiore capacità a delinquere, attraverso un'operazione di tipo *sintetico* che si tradurrebbe nei fatti in una valutazione generica ed intuitiva in ordine alla meritevolezza dell'inasprimento sanzionatorio e dei c.d. effetti indiretti. In tale ottica ci si troverebbe, pertanto, di fronte ad un giudizio onnicomprensivo del tutto simile a quello sotteso alle circostanze indefinite (specie alle c.d. generiche *ex 62 bis* c.p.), peraltro, nella loro interpretazione giurisprudenziale "degenerata" precedentemente criticata⁶³. Così argomentando, infatti, non si permetterebbe la distinzione fra recidiva ed indici di commisurazione della pena e si

⁶⁰ La problematica diviene, dunque, quella di capire la relazione intercorrente fra recidiva ed indici di commisurazione della pena.

⁶¹ Vedasi in giurisprudenza sul punto: Cass. pen., Sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2090, in *CED Cass.*; Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 2011, n. 14550, B.O., in *CED Cass.*; Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 2008, n. 46452, Carbone; Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2010, n. 43771, in *Cass. pen.*, 2011, 2164; Cass. pen., Sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 20587, D.G.; Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 47909, M.S., in *Dir. giust.*, 2009; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2009, n. 5488, in *Cass. pen.*, 2010, 1838; Cass. pen., n. 4221/2009; Cass. pen., n. 45065/2008; Cass. pen., Sez. VI, n. 5 maggio 2008, 35851, U., in *Guid. dir.*, 2008, 81; Cass. pen., Sez. IV, 4 marzo 2008, n. 1843, P.S., in *Dir. giust.*, 2008; Cass. pen., Sez. VI, 7 febbraio 2008, n. 10405, in *CED Cass.*; Cass. pen., n. 46243/2007; Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2007, n. 40446; Cass. pen., n. 39134/2007; Cass. pen. Sez. VI, 3 luglio 2007, n. 37549; Cass. pen., Sez. II, 4 luglio 2007, n. 32876; Cass. pen., Sez. IV, 2 luglio 2007, n. 29228; Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2007, n. 5701, H., in *Riv. pen.*, 2008, 634; Cass. pen., Sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39134, in *Cass. pen.*, 2008, 1899.

⁶² Cass. pen., Sez. VI, 7 febbraio 2008, n. 10405, cit.

⁶³ Vedi il paragrafo 6 del presente capitolo al punto *sub B*.

veicolerebbe nel momento commisurativo in senso lato, che si fonda pur sempre su di una valutazione analitica – volta come tale all’individuazione del singolo elemento (tipizzato o meno) – un giudizio unitario e sintetico di tipo fondamentalmente intuitivo, riposto nelle mani del giudice, che caratterizza, invece, il diverso momento della commisurazione in senso stretto. Lo stesso richiamo ai «parametri» della maggiore colpevolezza e della maggiore pericolosità sociale viene effettuato dall’indirizzo giurisprudenziale in esame in maniera del tutto generica ed atecnica, senza alcuna correlazione logico-argomentativa con il segmento della norma oggetto di specifica tipizzazione. Ebbene, nulla di più sbagliato.

b) Un secondo orientamento, meno nutrito del precedente ma sicuramente più “illuminato” e che trova la sua più alta espressione nella sentenza della Corte Costituzionale n. 192 del 14 giugno 2007⁶⁴, si caratterizza, invece, per l’enucleazione di alcuni “indici” espressione della maggiore colpevolezza e della maggiore pericolosità sociale. Si tratta, più precisamente, di una esplicitazione di elementi caratterizzanti i suddetti presupposti di fondo all’istituto che, viceversa, nell’impostazione giurisprudenziale maggioritaria analizzata *sub a)* erano completamente pretermessi. Un apprezzabile sforzo, dunque, volto a chiarire la portata ed il significato di espressioni quali quelle della «maggiore colpevolezza» e della «maggiore pericolosità sociale»⁶⁵, valutate peraltro in stretta correlazione con il segmento espressamente positivizzato dal legislatore (*id est* il precedente delitto). Pur tuttavia, accanto a tale “sforzo” di concretizzazione e disciplina di concetti altrimenti evanescenti ed affidati ad una valutazione «libera» del giudice, l’indirizzo in esame richiama – come formula di chiusura – l’art. 133 c.p. In buona sostanza, quindi, accanto all’indicazione di alcuni elementi da cui desumere la «maggiore colpevolezza» e la «maggiore pericolosità sociale» del reo, l’indirizzo ermeneutico in esame effettua un rinvio alle circostanze improprie quale bacino (onnicomprensivo) a cui il giudice può comunque attingere per l’individuazione dei caratteri contraddistintivi *de quibus*. Una emblematica enunciazione delle considerazioni appena sviluppate, risulta proprio dalle seguenti parole della Consulta: «Nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è d’altro canto possibile ritenere [...] che venga meno, *eo ipso*, anche l’“automatismo” oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell’esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita pre-

⁶⁴ Cfr. C. Cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, 1842, con nota di Bernasconi; in *Foro it.*, 2007, I, 3357, con nota di Tesauro; in *Cass. pen.*, 2007, 4037, con nota di Valente; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 324, con nota di Arrigoni; sentenza questa destinata a “fare scuola”. In tal senso vedi anche le ordinanze C. Cost., 21 febbraio 2008, n. 33; C. Cost., 4 aprile 2008, n. 90 e le sentenze C. Cost. 409/2007, in *Giur. cost.*, 2007, 4614; C. Cost., 90/2008, in *Giur. cost.*, 2008, 1100; C. Cost., 257/2008, in *Giur. cost.*, 2008, 2975; C. Cost., 171/2009, in *Giur. cost.*, 2009, 1906. Nella giurisprudenza di legittimità vedi, invece, Cass. pen., Sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 49495, in *Guid. dir.*, 2010, 91 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2008, M.K., in *Guid. dir.*, 2008, 99 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 2008, n. 22643, F., in *Guid. dir.*, 2008, 92 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 2 luglio 2007, Ferraris, n. 29228, in *Foro it.*, 2007, II, 674; Cass. pen., Sez. VI, 3 luglio 2007, n. 37549, S., in *Riv. pen.*, 2008, 131 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 13 novembre 2007, Nar.

⁶⁵ Destinate, altrimenti, ad essere affermazioni generiche, prive della benché minima verificabilità e come tali frutto di riconoscimento intuitivo, arbitrario del giudice.

sunzione assoluta di pericolosità sociale. Conformemente, infatti, ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo». In conclusione sul punto, l'orientamento in oggetto, pertanto, se da un lato presenta l'indubbio pregio di enucleare alcuni parametri, indici sintomatici di una colpevolezza e pericolosità sociale più accentuata, dall'altro per mezzo del richiamo a tutti gli elementi del fatto storico di reato non si affranca dall'orientamento dominante creando in definitiva anch'esso una assimilazione fra gli artt. 133 e 99 c.p. e fra i giudizi ad essi sottesi. Così statuendo, anche tale impostazione giurisprudenziale si presta alla formulazione di rilievi critici identici a quelli sopra enucleati: si finisce, infatti, con lo strutturare la recidiva come una circostanza aggravante indefinita.

c) Un terzo ed ultimo indirizzo giurisprudenziale, ad oggi isolato nella giurisprudenza di legittimità, si sviluppa attorno alle seguenti preliminari considerazioni⁶⁶. Il legislatore per mezzo dell'istituto della recidiva, essendo questa una circostanza c.d. discrezionale, affida il compito al giudice – e alla sua discrezionalità – di completare quella scelta che è stata solo parzialmente effettuata. Questi dovrà, pertanto, ravvisare nelle peculiarità del caso concreto ed alla luce degli elementi attinenti sia al fatto sia (e soprattutto) alla persona del reo, gli *specifici* segni caratteristici della maggiore colpevolezza e della maggiore pericolosità sociale. Il tutto per mezzo di una operazione logico-valutativa che guarda simultaneamente al passato (al grado, cioè, di "appartenenza" del fatto di reato al soggetto) ed al futuro (al pericolo, cioè, di ricaduta nel reato). Non, dunque, un generico richiamo agli elementi di cui all'art. 133 c.p., né tantomeno un giudizio sintetico di meritevolezza dell'aumento di pena, bensì una puntuale analisi del fatto e della persona nelle loro sfumature fenomeniche, alla ricerca di quegli elementi espressivi di una maggiore colpevolezza e pericolosità sociale: il tutto, si badi bene, in stretta correlazione con il fatto storico di reato posto in essere e con i suoi precedenti⁶⁷. Ebbene, in tale ottica (esplicativa del rapporto fra gli artt. 99 e 133 c.p.) l'orientamento ermeneutico in esame pone in evidenza taluni aspetti che potranno e dovranno assumere un determinante significato nella dichiarazione della recidiva. Più precisamente, si osserva che il giudice dovrà tenere conto: della *natura dei reati*; del *tipo di devianza* di cui sono espressione; della *qualità dei comportamenti*; del *marginale di offensività delle condotte*; della *distanza temporale* e del *livello di omogeneità* esistente fra loro; della eventuale *occasionalità* della ricaduta e di *ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza*⁶⁸. Non tutti gli elementi del fatto storico di reato e della

⁶⁶ Cfr. in tal senso Cass., Sez. un., 27 maggio 2010, n. 3738, Calibé, in *CED Cass.* 247838 e in *penalecontemporaneo*.

⁶⁷ E cioè in stretta correlazione con il segmento normativo oggetto di espressa tipicizzazione normativa.

⁶⁸ E ciò al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza dei precedenti penali. Sul punto, ovvero nell'individuazione dei segni della maggiore colpevolezza e della maggiore pericolosità sociale

persona del reo possono, dunque, giocare un ruolo nell'individuazione della recidiva, ma solo quelli strettamente attinenti al delitto realizzato ed ai suoi precedenti, con particolare attenzione alla partecipazione psichica del soggetto agente ed al grado di colpevolezza da questo espresso, nonché alla "personalità" dello stesso, alla ricerca dei sintomi di una inclinazione al crimine quale (quantomeno potenziale) "stile comportamentale di vita"^{69 70}

la dottrina è pressoché silente, finendo con l'avallare più o meno consapevolmente l'indirizzo giurisprudenziale, che finisce – come precisato – con il configurare la recidiva come una circostanza aggravante indefinita. Si badi bene, la formula di apertura e chiusura contenuta nella sentenza Calibé del 27 maggio 2010 delle Sezioni Unite che richiama testualmente «ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza», non equivale a nostro avviso ad un rinvio *tout court* a tutti gli elementi del 133 c.p., quanto, piuttosto, rappresenta una necessaria apertura e sensibilizzazione all'indagine sulla persona del reo e sulla sua personalità. Una apertura probabilmente più simbolica che altro, stante il fatto che gli elementi positivizzati nel provvedimento della Cassazione a nostro avviso sono racchiusi già tutti gli aspetti del fatto e della persona che il giudice dovrà tenere in considerazione – sempre in stretta correlazione con il/i precedenti del reo – ai fini della valutazione discrezionale qualitativa del giudice.

⁶⁹ Non riteniamo che la necessità di ravvisare nel soggetto i tratti di un comportamento dedito alla delinquenza restringa eccessivamente l'operatività dell'istituto e ciò poiché appare questo richiesto dalla stessa disposizione normativa di cui all'art. 99 c.p. Il recidivo deve essere espressione di un soggetto che non fa fatica a plasmare il proprio comportamento in violazione dei precetti penali per il raggiungimento dei propri fini. Una persona che dimostra una marcata insensibilità nei confronti dell'ordinamento e dei suoi comandi, che ritiene secondari rispetto alle necessità comportamentali di volta in volta espresse. Neppure si deve ritenere che suddetta indagine in ordine alla persona e alla personalità del reo porti ad un giudizio sul "tipo di autore", dal momento che le suddette caratteristiche devono pur sempre combinarsi e valutarsi con gli elementi giurisprudenzialmente individuati e posti in stretta correlazione (logico-concettuale) con i precedenti delitti non colposi posti in essere e per i quali è stata messa sentenza di condanna passata in giudicato. Il giudice, non deve ravvisare e ricercare un tipo d'autore incline al reato, ma specifici elementi che ne tratteggino una personalità di un soggetto che vede nel ricorso delinquere uno stile comportamentale "comunemente accettato"

⁷⁰ La sentenza delle Sezioni Unite in esame, acquista, dunque, particolare rilevanza nella definizione dei parametri contraddistintivi la recidiva ed al contempo (per la stretta correlazione logica fra i due termini) diviene essenziale nel distinguere il giudizio sotteso alla dichiarazione della recidiva da quello preposto al riconoscimento delle attenuanti generiche (quali circostanze indefinite). In tal senso la Cassazione nella prima parte del provvedimento rimarca, infatti, come erroneamente i giudici di merito abbiano motivato l'esclusione della recidiva sulla base delle stesse argomentazioni in forza delle quali avevano concesso le attenuanti generiche. Non solo, dunque, emergerebbe una asserita incompatibilità logica fra recidiva e generiche sconfessata (peraltro) dallo stesso disposto normativo di cui all'art. 62 *bis*.2 c.p. (la previsione di limitazioni alla concessione delle generiche al recidivo reiterato implica, infatti, in maniera inequivocabile la possibile contestuale operatività degli istituti), ma si delineerebbero anche giudizi del tutto identici (sebbene l'uno positivo e l'altro negativo) quali facce della stessa medaglia. Ebbene, nulla di più evidente: in tale concessione la recidiva sarebbe una circostanza aggravante generica. Più precisamente, nel caso di specie i giudici *a quibus* avevano escluso la recidiva sulla base delle condizioni socio-economiche dell'imputato, del suo meritevole comportamento processuale, nonché per la risalenza del precedente e la diversità dei fatti commessi. In maniera del tutto analoga si fonda, invece, la concessione delle attenuanti generiche sulla giovane età del reo, sulle condizioni personali e sociali specie economiche di questo e sul suo buon comportamento processuale. I due giudizi risultano così fortemente similari e rischiano di sovrapporsi concettualmente. L'unica differenza apprezzabile risiede nel richiamo – sotteso alla valutazione della recidiva – alla natura ed al tempo del reato. Questi, dunque, gli unici veri parametri su cui il giudice deve concentrarsi e che, invece, troppo spesso pretermette nella propria argomen-

6.3 Le circostanze attenuanti indefinite o generiche ed il «tipo circostanziato attenuato»

Ben diverso è, invece, il discorso per le circostanze *attenuanti* indefinite e generiche. Quanto alle prime si incentrano queste nella previsione di un fatto di «particolare tenuità» o «di lieve entità». Si può rilevare ad esempio, l'art. 648.2 c.p., in tema di ricettazione; l'art. 609.3 c.p., in tema di violenza sessuale; oppure ancora l'art. 73.5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di produzione-traffico-detenzione illecite di sostanze stupefacenti o psicotrope e l'art. 311 c.p., relativamente ai delitti contro la personalità dello Stato. Il legislatore rinuncia poi del tutto a qualsiasi accenno di tipizzazione quando prevede le attenuanti generiche, che l'art. 62 *bis* c.p. (come introdotto dalla novella del 1944) identifica in tutte le circostanze che il giudice «ritenga tali da giustificare una diminuzione di pena».

Orbene, si suole osservare che se le circostanze *aggravanti* indefinite sono seriamente affette da illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di sufficiente determinazione della fattispecie, le *attenuanti* atipiche o generiche si sottraggono, invece, a tale censura, posto che i vari profili del principio di legalità vincolano il legislatore solo rispetto alle norme incriminatrici o comunque in *malam partem*. Più precisamente, infatti, se si ritiene che l'art. 25.2 Costituzione, non corrisponda semplicemente ad un'esigenza di certezza nel definire i limiti edittali della responsabilità penale, ma imponga tale certezza in funzione di garanzia, ne discende che nessun ostacolo esso frappone a circostanze che non estendono ma riducono i limiti della responsabilità⁷¹. L'indeterminatezza connaturata a dati rilevabili solo *ex post* ha fatto, però, dubitare della conformità dell'art. 62 *bis* c.p. alla disposizione costituzionale di cui all'art. 25.2 Cost. sotto vari profili.

Si è innanzitutto temuta una violazione della riserva di legge quasi che la disposizione in esame disegnasse una norma penale in bianco da riempire indiscriminatamente *ope iudicis*. A tale obiezione si è replicato, però, che il principio di riserva di legge «pone un problema di fonti, mentre in questo caso la previsione della circostanza ad opera della legge è salva ed il giudice si limita a esplicitarne il contenuto normativo nel singolo caso con criteri offertigli dall'ordinamento»⁷². Nessuna libertà sovrana o arbitrio illimitato, bensì una discrezionalità che vincola il giudice a «un'interpretazione di valori cui è legata la società in una data epoca storica»⁷³.

La violazione dell'art. 25.2 Cost. è stata poi anche ipotizzata sotto il profilo della precisione, intesa come certezza nel definire i limiti della responsabilità penale, trascurando però che la certezza ha funzione di garanzia, onde impedire una estensione del penalmente rilevante oltre i confini di quanto espressamente normato, senza che

tazione dando spazio e facendo riferimento ad elementi profondamente divergenti rispetto a quelli sopra evidenziati.

⁷¹ Cfr. T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 200 s.

⁷² Cfr., in tal senso, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub *pre-art.* 59, Milano, 2004, 681; nonché M. Caputo, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 182 ss.

⁷³ Cfr. in tal senso M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub *art.* 62 *bis*, cit., 681.

la stessa *ratio* possa opporsi a elementi che, lungi dall'estendere i margini della responsabilità penale, ne riducono lo spessore⁷⁴.

Si è, poi, osservato che un diverso limite costituzionale potrebbe semmai profilarsi in termini di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, dal momento che la genericità dei criteri ai quali riportare la verifica circa la sussistenza e il peso delle generiche non consegna informazioni univoche sulle modalità con cui determinati fattori, che normalmente rilevano per il calcolo infra-edittale della pena base, possano eccezionalmente valere quali circostanze in senso stretto, sollevando così un problema circa il trattamento riservato da giudici diversi a situazioni analoghe. Ma poiché tale principio impone un trattamento alternativamente paritario o differenziato di ipotesi rispettivamente simili o diverse, in base ad un criterio di ragionevolezza, ne discende che le attenuanti generiche e indefinite, postulando una migliore considerazione degli aspetti emergenti dalla fattispecie concreta o dal reo, corrispondono, in linea teorica, ad un principio di individualizzazione della sanzione immanente alle finalità (specialpreventiva e retributiva) cui la sua determinazione giudiziale può corrispondere. Da posizione diversa, deve rimarcarsi come all'esclusione del contrasto con l'art. 3 Cost., pervenga anche chi ritiene, paradossalmente, che l'automatismo prasseologico con cui si concedono le generiche rappresenti il "minore dei mali", perché garanzia di una qualche certezza ed eguaglianza nella fase della commisurazione concreta della pena.

Da ultimo la genericità delle generiche ha indotto a ravvisare un contrasto tra le circostanze innominate ed il principio del contraddittorio *ex art. 111 Cost.* Nell'art. 62 *bis c.p.*, si è identificata una norma penale di favore, frutto di un'estensione analogica esplicita dell'art. 62 *c.p.*, caratterizzata dall'*eadem ratio* mitigatrice e sottratta alla scure del divieto di analogia *in malam partem*. Nondimeno, l'indeterminatezza delle situazioni riconducibili allo schema dell'art. 62 *bis c.p.* non permetterebbe alle parti di difendersi provando, poiché rimarrebbero oscure le circostanze fattuali (e le corrispondenti risultanze probatorie) da segnalare in giudizio per far valere le generiche. Il difetto di tipicità intralocerebbe un accertamento mediante contraddittorio e l'incontrollabilità applicativa di elementi affidati al libero apprezzamento giudiziale finirebbe per generare inaccettabili asimmetrie di giudizio⁷⁵. A tale assunto si è replicato che proprio l'elasticità della norma di favore farebbe guadagnare maggior spazio al "diritto di difendersi provando", perché l'emersione di qualsiasi elemento positivo deducibile dalla regudicanda, lungi dallo scoraggiare il contraddittorio, impegna le parti nella dialettica dibattimentale⁷⁶.

E' d'uopo, infine, osservare che le circostanze attenuanti generiche trovano fondamento ed origine storica con l'affermarsi dello stesso fenomeno codificatorio. A

⁷⁴ Cfr. T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., 201; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 391.

⁷⁵ Sul punto vedi V. N. D'Ascola, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Reggio Calabria, 2008, 502. In tema anche A. Vallini, voce *Circostanze del reato*, cit., 4531 e M. Caputo, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camoufflage*, cit., 192.

⁷⁶ Per questa osservazione critica v. A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Padova, 2008, 327, nota 103.

partire dall'esperienza del *code pénal* del 1810 (e con la sola parentesi che va dall'anno '30 del novecento fino al 1944), infatti, si è ritenuto necessario rimettere per intero al giudice il compito di individuare, nella peculiarità del caso concreto, i fattori ritenuti idonei a provocare una diminuzione della pena secondo il meccanismo di variazione frazionaria.

Più precisamente - ed indagando sulla funzione dell'istituto in esame - il legislatore sembra avere, quale precisa scelta politico-criminale, optato per evitare di percorrere la strada "maestra" volta ad un razionale adeguamento delle comminatorie previste per le varie fattispecie incriminatrici che furono, peraltro, avvertite, anche nella prassi giurisprudenziale, fin da subito come inique anche se applicate nel minimo. Si preferì così "scaricare" sul potere discrezionale del giudice la responsabilità di quel sostanziale e sintomatico abbandono dei minimi edittali. Ebbene, alla luce delle suddette considerazioni si è tradizionalmente riconnessa alle attenuanti indefinite una preminente *ratio* «mitigatrice» la quale può, a ben vedere, presentare una duplice articolazione funzionale. A) *In primis*, è ravvisabile una *ratio* mitigatrice con *funzione politico-criminale*. Questa assolve, come precedentemente sottolineato, all'esigenza del potere legislativo di realizzare una generale mitigazione dei minimi edittali avvertiti come "severi" e a cui non si è in grado di porre mano attraverso una riforma sistematica delle singole fattispecie. B) In secondo luogo, la *ratio* mitigatrice presenta anche una *funzione pratico-applicativa*. Più precisamente, questa esprime una esigenza di indulgenza generalizzata la quale pretermette ogni indagine in ordine all'effettiva esistenza di uno specifico motivo per l'attenuazione. Tale accezione funzionale si è andata affermando nella prassi giurisprudenziale. Questa, dunque, la funzione che "di fatto" le generiche ricoprono nel nostro ordinamento e ciò nonostante le strette legalistiche finalizzate a comprimere gli spazi alla discrezionalità giudiziaria attuate con la legge n. 251 del 2005 e con il d.l. n. 92 del 2008. Interventi normativi questi che, sebbene con numerosi difetti tecnici, sono comunque espressione dell'inizio di una inversione di tendenza rispetto all'indirizzo espresso dal d.l. n. 288 del 14 settembre 1944 e dall'epocale riforma del '74. In tal senso appare particolarmente significativa l'introduzione del comma 3 dell'art. 62 *bis* c.p., il quale statuisce il divieto per il giudice di concedere le attenuanti generiche sulla base della mera incensuratezza del condannato. Questa precisa reazione alla pigra prassi giurisprudenziale, ha imposto un onere argomentativo non indifferente a carico dell'imputato e del giudice che ne ha ridotto notevolmente l'applicazione. Non più, dunque, una mera attività ricognitiva del casellario giudiziario, ma una indagine valutativa teleologicamente orientata alla formulazione di un giudizio di valore di particolare pregnanza in ordine ad un elemento del fatto storico di reato legislativamente non eletto. E' d'uopo, prima di procedere oltre nell'analisi delle *rationes* sottese alle circostanze attenuanti indefinite, evidenziare che la «funzione mitigatrice *politico-criminale*» presuppone l'esistenza di una «funzione mitigatrice *pratico-applicativa*» e viceversa. Le due articolazioni funzionali traggono, infatti, alimento e legittimazione logica l'una dall'altra. A ben vedere, l'accezione funzionale politico-criminale di mitigazione generale ed indistinta delle comminatorie edittali non può che realizzarsi attraverso una indiscriminata indulgenza del giudice nel momento

dichiarativo ed applicativo. Ciò che interessa al legislatore non è che l'interprete ricerchi nel caso concreto il singolo, determinato valore attenuante da lui non tipicizzato, ma che accordi la diminuzione della pena. Dall'altro lato, la funzione pratico-applicativa di mitigazione della pena presuppone logicamente una struttura delle circostanze indefinite in termini generici che esoneri il giudice dall'effettuare operazioni valutativo-valoriali di tipo puntuale in ordine a specifici elementi. Pur tuttavia, quella fin qui esaminata non può dirsi propriamente la *ratio* e la funzione delle attenuanti indefinite, ma l'una è l'*occasio legis* e l'altra una degenerazione applicativa: non devono, dunque, queste essere confuse con il vero fondamento sostanziale dell'istituto.

Ciò osservato, il fondamento (c.d. sostanziale) dell'istituto delle attenuanti indefinite, risiede nella logica sottesa alla predisposizione legislativa di uno strumento flessibile affidato nelle mani del giudice ed idoneo – come tale – a coniugare le diverse istanze di legalità ed equità permeanti il sistema delle circostanze del reato. E' ravvisabile, dunque, di fondo all'istituto in esame una preminente funzione di «determinazione giudiziale della fattispecie» e di «commisurazione giudiziale della pena». Il giudice dispone, infatti, di uno strumento che gli permette di cogliere quelle sfumature non tipizzate in via generale ed astratta dal legislatore ma pur sempre espressive di un valore circostanziale che non si esaurisce nella fattispecie semplice e nella forbice edittale per essa prevista e di adeguare così il *quantum* di pena irrogabile al concreto disvalore del fatto di reato come posto in essere dal suo autore⁷⁷.

⁷⁷ Quanto al fondamento delle attenuanti in questione, è stato dunque rintracciato da una parte della dottrina nella minore colpevolezza o rimproverabilità del soggetto agente, senza considerare a sufficienza, però, che la legge fa riferimento a qualsivoglia circostanza, e quindi anche a fattori che esulano dalla sfera della motivabilità al rispetto del precetto e involgono altri tratti temperanti il quoziente di responsabilità. Anzi, proprio la pluralità di contenuti che anima le generiche impedisce una loro aprioristica classificazione in circostanze oggettive o soggettive, dimodoché la loro esatta qualificazione spetterà ancora una volta al giudice sulla scorta della concreta situazione esaminata. Peraltro, la lettera del primo comma non deve far cadere in errore circa l'estensione della discrezionalità giudiziale. La locuzione "può" ha autorizzato una ricostruzione delle attenuanti generiche come circostanze doppiamente facoltative, sul presupposto che il potere discrezionale del giudice non concernerebbe solo il momento della individuazione del fattore che spiega l'attenuazione, ma si comporterebbe anche della prerogativa di far valere meno, nel pendolo commisurativo, l'impatto della circostanza precedentemente individuata. Il giudizio sulla presenza di una circostanza tale da giustificare una riduzione di pena non equivarrebbe ancora al giudizio circa l'opportunità di procedere alla riduzione. Il giudice, insomma, resterebbe padrone di non ricollegare l'effetto consueto delle circostanze in senso stretto – la variazione di pena – a dati atipici di cui pure avesse accertata l'esistenza. Un'imposizione di questo tenore è stata correttamente respinta, perché avalla una ricostruzione delle attenuanti generiche come oggetto del capriccio del giudicante. Esse, viceversa, non costituiscono il portato di "un'amorfa *benignitas*", ma obbligano il giudice che abbia preso cognizione di elementi diversi da quelli normativamente definiti, a non ignorarli e a motivare circa la loro concreta incidenza commisurativa. Solo così, solo sostituendo a un atto di violazione una ricostruzione dell'accadimento concreto capace di dare voce a tutte 'le facce del prisma', si traccerebbe una fisionomia il più possibile completa dell'autore/reato e si sgancerebbe la funzione del giudice da vaghe esigenze indulgenziali, per radicarla nell'accertamento di realtà sostanziali favorevoli al reo, ancorché non espressamente tipizzate.

In tale accezione funzionale le attenuanti indefinite esprimono, dunque, l'idea di una legalità che possa essere corretta nel caso concreto per venire incontro ad esigenze di giustizia sostanziale in conformità con i dogmi costituzionali della rieducazione e della proporzione. Si affermano, quindi, esigenze di commisurazione della pena rispetto a situazioni di fatto non predeterminabili dal legislatore perché impossibilitato sia nel dare conto di tutte le (infinite) sfumature della realtà, sia nell'attribuire in via generale ed astratta un valore ad elementi che sono suscettibili di una lettura in termini valoriali solo nel caso concreto, alla luce cioè della loro estrinsecazione fenomenica. In tale ottica diviene, pertanto, indispensabile il rinvio al giudice ed alla sua discrezionalità, che non è arbitrio ma giudizio valutativo del comune sentire della collettività nel dato momento storico attraverso la concreta analisi dei dati di fatto.

Più precisamente, dunque, le attenuanti indefinite trovano la loro ragione giustificativa da un lato nell'impossibilità di prevedere in anticipo nella forma della legge – vale a dire in via generale ed astratta – le infinite situazioni in cui una circostanza, legata alla concretezza del caso, rivela un valore attenuante (in buona sostanza una impossibilità di completezza normativa) e dall'altro nell'impossibilità relativamente a certi elementi di individuarne il valore/disvalore perché questi sono suscettibili di assumere diverse connotazioni valoriali (anche antitetiche) solo nel caso concreto. Se nella prima accezione richiamata le attenuanti indefinite rappresenterebbero una *scelta politico-legislativa*, nel secondo caso queste risulterebbero, piuttosto, una *scelta obbligata*.

Tale ultimo aspetto è stato diffusamente evidenziato, per mezzo del ricorso a tutta una serie di esemplificazioni, da un illustre autore in una delle monografie sul tema più pregevoli⁷⁸.

Orbene, occorre effettuare in ordine agli aspetti da ultimo richiamati una ulteriore considerazione. Abbiamo, infatti, osservato che le circostanze attenuanti indefinite diverrebbero uno strumento essenziale per il corretto funzionamento del sistema, poiché vi sono valori che si rivelano solo nella concreta realizzazione della singola azione, nel comportamento specifico. Vengono, dunque, percepiti proprio nel caso particolare, attraverso tutte le peculiarità di questo e non possono essere, pertanto, generalizzati. Ebbene, al fine di comprendere a fondo le suddette considerazioni, centrali nella ricostruzione funzionale dell'istituto delle attenuanti indefinite, appare particolarmente utile ed efficace ripercorrere alcune esemplificazioni.

Ove si pone mente al concetto di "gelosia" appare, infatti, evidente come questo non indichi in astratto né un valore né un disvalore. Si suole dire negli studi scientifici di matrice psicologica e psichiatrica che la gelosia è "una coscienza dolorosa di frustrazione, è una passione accompagnata da sofferenza generata e esasperata dall'immagine di un rivale", e implica in ogni caso "l'esistenza di un bene che viene a mancare: una persona amata, onori, fortuna", e che "l'offesa subita o temuta si ripercuote ed orienta tutti i sentimenti". Si è certamente chiarito, dunque, dal punto di

⁷⁸ Cfr. in tal senso M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 101 ss.

vista psicologico in che cosa essa consiste. Ma con questo non si è detto ancora nulla, sulla struttura specifica della singola azione che si è attuata sotto la spinta della gelosia. Non ci si può rendere conto cioè dei motivi per i quali la coscienza sociale sente e realizza nei casi concreti una differenza profonda tra ipotesi delittuose che si sono verificate nell'eguale matrice di una coscienza dolorosa di frustrazione. La definizione sopra fornita resta, pertanto, meramente astratta e può servire soltanto a distinguere la gelosia da altre passioni, da altre emozioni, ad esempio dall'invidia "che è desiderio di qualcosa che non si possiede, mentre si è gelosi di qualcosa che si possiede e si teme di perdere", ma appunto perché è una definizione - e come tale generica - lascia fuori di sé il significato specifico, singolare, unico, che accompagna l'azione nata da quella sofferta e lacerata coscienza di un bene perduto. In astratto infatti la gelosia, come la paura, come la vanità e perfino l'ambizione o la povertà, non è un valore né un disvalore, essa è definibile soltanto in una dimensione psicologica: su questo piano non è che "*toujours un fait et, comme tel, toujours accidentel*"⁷⁹. Ma nella realtà della vita, nella concretezza del fatto ogni azione, ogni comportamento dell'individuo, nasce e si realizza con un segno di valore o di disvalore. Anzi, può addirittura dirsi che valore e disvalore spesso vengono a coesistere all'interno della stessa dinamica fattuale. Basti pensare al paradosso che è nel sacrificio di Abramo: assassino per la fede e per amore di Dio. Questa convivenza nello stesso comportamento di valori positivi e di valori negativi, di offesa e di difesa, delle ragioni del sentimento riconosciuto nelle strutture della vita e della negazione di altri sentimenti, non è che la rivelazione di tutte le contraddizioni, le antinomie e i paradossi che caratterizzano la vicenda dell'uomo nella società. Essa testimonia la condizione dell'uomo che non può vivere solo tra gli uomini, ai quali è legato il suo destino. Per quanto più specificatamente attiene alla "gelosia" non è difficile osservare come essa consenta talvolta di riconoscere un valore positivo proprio in una azione che si presenta con un contraddittorio significato di ribellione, di violazione, di distruzione di valori. Si pensi, ad esempio, in quale diversa maniera reagisce la coscienza sociale di fronte a due omicidi commessi con identiche modalità di fatto ed entrambi originati da una passione egualmente intensa, egualmente sofferta e sconvolgente, da una gelosia egualmente esasperata. Ma uno commesso dal coniuge tradito, colpito dall'infedeltà della compagna della vita; l'altro compiuto sul marito della propria amante per gelosia degli amplessi maritali. Si tratta di ipotesi che se ci limitassimo ad una considerazione meramente psicologica in senso naturalistico non potrebbero mai mostrarci quella differenza che tra esse certamente esiste e determina puntualmente una diversità di valutazione. Il modo diverso, anzi opposto, in cui la coscienza sociale valuta azioni che nel movente e nel risultato appaiono in tutto simili, si spiega in realtà agevolmente col fatto che essa sente e coglie compiutamente il diverso significato di valore che, nonostante l'apparente rassomiglianza, quelle azioni racchiudono. Essa "ritrova", nel caso del marito che uccide, un valore di equilibrio

⁷⁹ Cfr. in tal senso Sartre, *Esquisse d'une théorie des émotions*, cit., 10. Come ripreso anche da M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 103 ss.

che l'esperienza riconosce e che la società custodisce nel valore della famiglia, su un reciproco impegno di vita che l'infedeltà ha violato colpendo nel valore dell'uomo un valore della comunità. Qui il valore che è nato con l'uomo è divenuto proprio della società, costituisce un punto di orientamento nei rapporti della vita e come tale è patrimonio dell'ordinamento giuridico. Non sono, quindi, il dolore e la sofferenza, la sensazione del bene perduto, il risentimento per l'offesa al prestigio del coniuge, la fine di una felicità, a spiegare quel giudizio che attenua il disvalore per un'azione che pure ha distrutto una vita, perché tutto questo c'è o può esserci anche nell'altro esempio di omicidio per gelosia. La gelosia infatti è sempre una coscienza dolorosa di frustrazione, una passione e una sofferenza; può essere un valore per l'uomo anche la perdita dell'amante che ritorna dal marito, dato che costui può ben essere il rivale che fa da costante nella gelosia. Ma questo non è un valore riconosciuto come positivo nella vita, non coincide con nessun valore della comunità, non si ritrova nel mondo delle valutazioni sociali. In questa seconda ipotesi anzi non solo è rinnegato il supremo valore della vita, ma anche quel valore che nel primo esempio porta ad un giudizio meno sfavorevole sull'azione. Per questo in dottrina si è sempre saggiamente finito col riconoscere che la prima ipotesi merita ogni considerazione benevola e l'altra è soltanto un "assassinio dei più brutali"⁸⁰.

Un ulteriore esempio può ravvisarsi nella "misera" del reo, dal momento che non può dirsi questa sempre portatrice di un valore positivo, non sempre denota una minore riprovevolezza e induce ad un giudizio più benevolo. Colui che non vuol lavorare, e si pone per pigrizia nella condizione di dover aspettare dal furto ciò che gli necessita per vivere, non si trova certo nella identica situazione di chi, soffrendo la condizione tragica del trovarsi in una società economicamente disordinata ed insensibile alla sofferenza degli umili, non riesce, per quanti sforzi faccia, a liberarsi dal peso mortificante dell'indigenza⁸¹.

Al di là delle esemplificazioni appena effettuate, le quali starebbero a dimostrare, appunto, che vi sono valori di considerevole pregnanza, tali da meritare la possibile incisione dei minimi edituali, che non sono predefinibili in via generale ed astratta ma si possono cogliere solo in relazione al caso concreto, una parte autorevole della dottrina si è spinta oltre fino ad affermare che al di là dei casi previsti come circostanze definite dall'art. 62 c.p., non ci sarebbe quasi nessun'altra situazione o qualità dell'azione che possa in astratto essere considerata come una causa di attenuazione idonea per tutte le ipotesi nelle quali si presenti⁸². Ogni elencazione che la dottrina ha creduto di poter fare risulterebbe, quindi, meramente illusoria e molte delle circostanze che si suggerisce di specificare nella forma della legge per chiudere l'apertura dell'art. 62 *bis* c.p. ed eliminare con essa il c.d. "arbitrio del giudice", nella stragrande maggioranza dei casi, non potrebbero funzionare come tali. Ad avviso

⁸⁰ Cfr. in tal senso Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, cit., 114; M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 103 ss.

⁸¹ Cfr. anche per tale esemplificazione M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 104.

⁸² Cfr. in tal senso ancora una volta M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 106.

dell'orientamento in esame, pertanto, il fatto che la dottrina abbia sempre tentato di fissare in una elencazione gli elementi delle attenuanti generiche dimostrerebbe in quanto poco conto si sia tenuta l'indagine sulla ragion d'essere della norma che proprio nell'analisi della casistica dimostrerebbe che una previsione astratta e generale dei motivi di attenuazione non è assolutamente possibile. La legge non potrebbe, infatti, riconoscere o negare in astratto il valore attenuante di circostanze come la "gelosia", l'"età senile", lo "stato di miseria", la "condotta precedente del reo", e tante infinite varietà di motivi e di situazioni in cui si compie l'azione. Queste attenuanti, questa particolare considerazione della riprovevolezza dell'azione, hanno un senso proprio e soltanto nei confronti del singolo caso di specie. In definitiva, è il significato stesso di attenuante generica che implica la necessità di riferimento al caso concreto ed esclude ogni astrazione e tipicizzazione delle molteplici ipotesi che possono verificarsi nella realtà.

6.3.1 Considerazioni critiche. Approccio "transustanzialistico" ed unitarietà valutativa della nuova fattispecie astratta

Le riflessioni fin qui sviluppate in ordine alla plausibilità ed ammissibilità delle circostanze attenuanti indefinite necessitano, tuttavia, di talune ulteriori osservazioni specie in ordine ai profili tensivi con il corollario del principio di riserva di legge e con il principio di eguaglianza. Le osservazioni sul punto, emerse e ripercorse nel paragrafo precedente quale frutto dell'impostazione ad oggi assolutamente prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, non persuadono, infatti, fino in fondo in quanto eccessivamente "semplificatorie" e "sbrigative".

In tale ottica di approfondimento critico, occorre prendere le mosse dalle due diverse impostazioni, analizzate nel capitolo primo, sviluppate attorno alla problematica della *natura* dell'istituto delle circostanze del reato: «approccio *transustanzialistico*» ed «approccio *consustanzialistico*»⁸³.

Ebbene, secondo l'impostazione teorica c.d. «transustanzialistica» - che si contraddistingue per il riconoscere natura costitutivo-essenziale a tutti gli elementi di fattispecie e ciò poiché la circostanza è (parimenti agli elementi costitutivi del reato "base") costitutiva ed essenziale della nuova fattispecie di reato che si viene a formare dal combinarsi della stessa con la fattispecie semplice - le esigenze di legalità e tipicità si dovrebbero porre con identica pregnanza e rigore tanto nei confronti degli elementi costitutivi, quanto rispetto a quelli circostanzianti. Nessuna, neppure parziale, flessione delle suddette garanzie sarebbe, infatti, ammissibile e ciò poiché nell'economia strutturale della fattispecie circostanziata tutti gli elementi avrebbero uguale "peso", in quanto ognuno indispensabile per la configurabilità della norma. L'«unitarietà valutativa» della nuova fattispecie circostanziata astratta - logica questa sottesa all'approccio transustanzialistico - imporrebbe, pertanto, una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle circostanze indefinite, dal momento che queste

⁸³ Vedi le osservazioni sviluppate in merito nel capitolo primo.

non sono in grado di soddisfare lo *standar* di sufficiente determinatezza e tassatività richiesto nel diritto penale. Rispetto alla tipologia circostanziale in esame, il giudice assume, infatti, un ruolo fondamentale e decisivo nella definizione ed individuazione del contenuto dell'elemento. Più precisamente nell'impostazione teorica transustanzialistica, questi diverrebbe il demiurgo di un elemento essenziale e costitutivo di una nuova ed autonoma fattispecie di reato. Ebbene, nulla di più antinomico con il principio di legalità penale.

6.3.2 Approccio “consustanzialistico” e fattispecie circostanziata concreta. Il problema della legalità del «tipo circostanziato attenuato indefinito»

In una tensione meno marcata con le esigenze sottese al principio di legalità in materia penale, come questo costituzionalmente scolpito nell'art. 25.2, si pongono, invece, le circostanze attenuanti indefinite ove lette alla luce dell'approccio ermeneutico «consustanzialistico» del reato circostanziato.

Secondo la suddetta impostazione teorica, infatti, l'elemento circostanziale nel combinarsi con gli elementi costitutivi della fattispecie semplice a cui questo accede darebbe sì luogo ad una nuova fattispecie di reato, ma conserverebbe pur sempre la propria *natura accessoria* i cui stigmi si manifesterebbero nelle peculiarità della disciplina.

Con le operazioni logico-giuridiche di combinazione fra la norma che prevede la singola circostanza propria e la fattispecie semplice di reato, non si realizzerebbe, dunque, (come invece sostenuto dall'indirizzo ermeneutico analizzato in precedenza) una “mutazione” della natura dell'elemento circostanziale (da accessorio a costitutivo-essenziale), ma questo inizierebbe a convivere “immutato” (con le proprie peculiarità previste *ex art. 59 ss. c.p.*) con gli altri elementi di fattispecie. Tale peculiarità strutturale e contenutistico-sostanziale ricoperta dalle circostanze proprie, apprezzabile non tanto sotto il profilo dogmatico-astratto quanto sotto quello disciplinare-pratico/applicativo, giustificerebbe, dunque, un *allentamento* delle garanzie sottese al principio di legalità e più in particolare dell'esigenza che la norma penale sia in grado di definire un tipo di reato sufficientemente chiaro e preciso. Tale “flessione” aprirebbe, dunque, la strada alla possibile configurazione di un «tipo circostanziato – attenuato o aggravato – indefinito».

Pur tuttavia, come premesso nel paragrafo precedente, da sempre dottrina e giurisprudenza hanno finito con l'avallare la presenza nel nostro ordinamento delle circostanze attenuanti indefinite in maniera un po' frettolosa e ciò essenzialmente per due ragioni.

a) La prima motivazione deve ravvisarsi nella seguente considerazione. Un sistema penale privo di attenuanti indefinite rischierebbe di mostrare il proprio volto più “truce” ed “autoritario-liberticida”, in forte tensione, stante la ormai abissale scollatura fra severità delle forbici edittali e disvalore socialmente riconosciuto alle fattispecie di reato, con le esigenze di proporzionalità e rieducazione-riabilitazione del reo. In buona sostanza, dunque, si giungerebbe a liceizzare lo strumento giuridico delle attenuanti generiche per ragioni di “economia generale dell'ordinamento

penale”, volte a calmierare i minimi edittali avvertiti come eccessivamente severi rispetto al disvalore riconosciuto per le specifiche ipotesi di reato.

b) In secondo luogo si ritiene che in realtà le circostanze attenuanti indefinite non porrebbero alcun problema di legalità e ciò poiché queste producono pur sempre un *effetto favorevole* nei confronti del reo che si vede irrogata una pena inferiore rispetto a quella che gli spetterebbe in forza di una impostazione strettamente legalistica, che come tale non permetterebbe alcuna indagine giurisdizionale del fatto concreto di reato con capacità ridefinitoria della scelta legislativa espressa nel minimo edittale. Le attenuanti indefinite si muovono, dunque, in una logica di *favor rei* e non danno luogo ad alcun inasprimento sanzionatorio a questi sfavorevole che necessiterebbe, viceversa, di una espressa, chiara e precisa previsione rigorosamente legislativa. Un restringimento dell’ambito della punibilità e, quindi, nessun pericolo per la libertà individuale alla cui salvaguardia mira il principio di legalità penale. In buona sostanza, sottesa a tale argomentazione è riposta l’idea che nel dritto penale solamente tutto ciò che va ad incidere *negativamente* sul reo e sulla sua libertà è sottoposto al più stretto e rigido legalismo. Viceversa, gli istituti che producono effetti *favorevoli* nei confronti dei cittadini acconsentono alla realizzazione di una certa flessione della rigida impalcatura attuata dal principio di legalità. Le violazioni dei corollari della legalità penale da disposizioni foriere di effetti favorevoli al reo sarebbero, pertanto, ammesse e di conseguenza le norme non tacciabili di incostituzionalità.

Ebbene, le suddette argomentazioni da sempre addotte a sostegno della conservazione (e, quindi, della plausibilità costituzionale) delle circostanze attenuanti indefinite non persuadono affatto.

Con la prima motivazione si finisce, infatti, con il legittimare la classificazione tipologica di circostanze in esame sulla base di ragioni politico-criminali del tutto eterogenee rispetto alla *ratio* contenutistico-sostanziale dell’istituto. Più precisamente, le attenuanti indefinite diverrebbero uno strumento impropriamente utilizzato per sopperire le inadempienze del legislatore. Peraltro, la loro *generale e generica* applicazione non appare neppure del tutto conforme alle sue ragioni di utilizzo. A ben vedere, infatti, non tutte le fattispecie di reato appaiono bisognose di tale ridefinizione dei minimi. Sebbene quella della presenza nel codice di cornici edittali eccessivamente severe appaia una constatazione indubbiamente vera per taluni – forse la maggior parte - dei reati, occorre al contempo sottolineare che talaltre fattispecie non solo non presentano tale necessità, ma mostrano anzi la esigenza opposta. Deve, peraltro, constatarsi in tal senso che, specie negli ultimi anni, si sta diffondendo una generale tendenza all’inasprimento sanzionatorio, che si accentua poi in particolare modo rispetto a determinati reati⁸⁴. Ebbene, tale situazione, sebbene rafforzata da un biasimevole populi-

⁸⁴ Sebbene appaiano stare proprio in questi termini le cose, occorre anche rilevare che così ragionando si finisce con l’incorrere in una evidente contraddizione. Pensare, infatti, che la soluzione a determinate problematiche di delinquenza sia rinvenibile nell’inasprimento sanzionatorio, significa dimenticare che la causa principale della ineffettività della pena è da ravvisarsi nell’operare in sinergia fra loro tutta una serie di istituti di diritto sostanziale e processuale in grado di non fare eseguire le pene irrogate. Non tanto, o meglio non solo, nella mancanza di proporzione fra cornici edittali e disvalore di fattispecie deve

smo politico amplificato ad arte dai *media*, trova il proprio fondamento nella opinione sociale più diffusa e cioè nello stesso radicamento su cui si alimenta il fondamento politico delle circostanze attenuanti indefinite. Alla luce di tali osservazioni non appare, dunque, propriamente corretto trarre la legittimazione dell'istituto delle attenuanti indefinite da una generale esigenza di ridefinire verso il basso i limiti edittali delle fattispecie di reato, proprio per la fallacia di tale generalizzazione.

La seconda giustificazione fa leva, invece, su di un generico, quanto impreciso fondamento: il *favor rei*. Ebbene, questo oltre ad essere un principio di natura eminentemente processuale non pare, comunque, possedere paritaria "dignità" ed "importanza" rispetto al principio di legalità e conseguentemente non si dovrebbe ritenere capace di incidere sullo stesso attenuandone la portata applicativa. In buona sostanza, fra i due principi in esame sussisterebbe una differenza di scala notevole che ne renderebbe errata la comparazione e reazione dell'uno sull'altro⁸⁵.

Alla luce delle osservazioni critiche al pensiero dominante in giurisprudenza e dottrina appena sviluppate, occorre rilevare come il problema della legalità del «tipo circostanziato attenuato indefinito» sia ben più complesso di come si è cercato fino ad oggi di fare apparire.

Ebbene, la complessità della tematica in esame pone le proprie radici sia nel rapporto tensivo fra «certezza» e «garanzia» quali *rationes* sottese al principio di legalità penale, sia al ruolo assunto dal potere giurisdizionale nelle diverse forme di Stato.

E' necessario, pertanto, analizzare i suddetti profili, al fine di chiarire la problematica in esame e riflettere sulla ammissibilità nell'ordinamento delle circostanze attenuanti indefinite.

6.3.2.1 «Ratio» di certezza Vs «ratio» di garanzia. Premesse critiche: le attenuanti indefinite e la loro vocazione a farsi strumento liberticida nelle mani del potere giudiziario

Appare ormai piuttosto chiaro come sotteso al ricorso alle attenuanti indefinite vi sia una diversa concezione del fondamento sostanziale caratterizzante il principio di legalità penale e più precisamente una contrapposizione fra «ratio» di certezza e «ratio» di garanzia.

In ordine ai suddetti fondamenti giustificativi si impongono taluni rilievi preliminari chiarificatori.

La *certezza*, come consolidatasi nella concezione giuspositivistica, è un valore in sé e trasversale dell'ordinamento giuridico come tale, poiché essa costituisce una componente sistemica della stessa capacità ordinante del diritto. Essa, infatti, con-

ravvisarsi il "male della pena", ma anche della incapacità di rendere effettive le statuizioni condannatorie.

⁸⁵ Per alcune puntuali riflessioni sulla rilevanza processuale e non sostanziale del principio del *favor rei* si rinvia a F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 259 ss.; G. Vassalli, voce *Tipicità* (diritto penale), cit., 536; *contra* in particolare A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 324 ss.

sente al diritto di soddisfare un'esigenza insopprimibile di orientazione e razionalizzazione della vita sociale.

Più precisamente, rispetto alla natura penale, la *ratio* di certezza espressa dall'art. 25.2 Cost. richiede al legislatore di fare egli stesso le scelte di incriminazione e di non farne scivolare il peso sul giudice. Cosa questa che si verifica, invece, quando la norma emanata consente alla magistratura una gamma applicativa molto vasta e un campo di intervento eccessivo. Una scelta del genere può, dunque, definirsi come una *non* scelta sostanziale. Infatti, quanto più la norma si allontana da un ideale di certezza tanto più pericolosamente ne risente la divisione dei poteri (essendo il potere giudiziario chiamato a svolgere un ruolo di supplenza legislativa) e si affievoliscono le garanzie del cittadino, il quale non è posto in grado di comprendere ciò che è illecito e ciò che è lecito.

Ebbene, ciò detto occorre più precisamente osservare come nel diritto penale la certezza diviene strumentale alla realizzazione di specifici obiettivi di questo ramo del diritto. *In primis*, deve questa ritenersi funzionale alla *conoscibilità* della norma da parte del reo destinatario (c.d. certezza *a parte subiecti*). L'assenza di certezza-conoscibilità non permetterebbe, infatti, alle norme penali di assolvere alla loro funzione precettiva e di orientamento valoriale del comportamento sociale. Solo norme formulate in modo chiaro e preciso, in un linguaggio quanto più possibile prossimo a quello comune e applicate in modo univoco e senza oscillazioni, possono consentire ai destinatari di prevedere quali saranno le conseguenze penali del proprio comportamento e, così, di regolarsi di conseguenza. In secondo luogo, la certezza deve essere anche letta come sicurezza che a date azioni o situazioni corrispondano immancabilmente ed invariabilmente determinate conseguenze giuridiche (c.d. certezza *a parte obiecti*). In tale accezione emergono nitidamente le tre componenti fondamentali della certezza: *stabilità; uniformità del trattamento giuridico; immancabilità delle conseguenze giuridiche di fatto rilevanti*. Ebbene, i due orientamenti concettuali sono indubbiamente avvinti da nessi inscindibili, perché è chiaro che fattore e strumento determinante della conoscibilità della norma è proprio la certezza obiettiva del diritto. Tuttavia, questi non sono perfettamente coincidenti; anzi proprio la natura delle circostanze del reato ne rileva le peculiarità diversificatorie.

A ben vedere, infatti, rispetto alle circostanze proprie attenuanti, atteso il loro carattere *accessorio* (proprio della concezione consustanzialistica), non avrebbe senso parlare di certezza *a parte subiecti* e ciò poiché gli elementi in esame non svolgono alcuna funzione orientativa né precettiva del comportamento sociale. Quale la funzione plasmatrice dell'altrui volere ricoperta dalle attenuanti? Queste si muovono nell'alveo tipologico-valoriale di una fattispecie semplice che presenta un contenuto precettivo-prescrittivo (di tenere o meno una determinata condotta) e, stante il loro valore positivo, non hanno alcun ruolo nell'indirizzare il comportamento dei consociati. Ove si ritenesse il contrario (ovvero piena capacità precettiva anche alle circostanze attenuanti), si finirebbe con il formulare una "curiosa" prescrizione che potrebbe suonare in questi termini: "non commettere il reato semplice, ma se lo realizzi cerca di porlo in essere in maniera attenuata". Appare evidente come un comando del genere risulta illogico e scarsamente plausibile, stante il germe - ad esso connotato - di "educazione al crimine". Irrazionale, dunque, riconoscere loro una funzione

di orientamento comportamentale, stante la stretta correlazione con la fattispecie incriminatrice semplice espressiva, questa sola, delle istanze precettivo-prescrittive. Le osservazioni appena sviluppate in ordine alla incapacità ed inidoneità delle circostanze proprie di tipo attenuante ad operare quali strumenti di orientamento del comportamento dei consociati appare, peraltro, confermata dal regime di imputazione soggettiva per queste specificamente previsto. Come noto, infatti, *ex art. 59.1 c.p.* è stabilito che le circostanze che attenuano la pena operano oggettivamente: basta cioè la loro concreta verifica. Negare, dunque, la plausibilità delle attenuanti indefinite sulla base della *certezza-conoscibilità* non appare avere alcun senso, proprio perché queste non si muovono in tale direzione contenutistica.

Ciò precisato, determinante rispetto alla «*ratio*» di certezza sottesa al principio di legalità penale risulta essere la necessità che a date azioni o situazioni corrispondano inevitabilmente determinate conseguenze giuridiche. Proprio sulla valorizzazione (più o meno consapevole) della certezza *a parte obiecti* si è sviluppato quell'orientamento dottrinale (minoritario, sebbene autorevole) che ritiene incostituzionali le attenuanti indefinite e ciò poiché queste incrinerebbero in maniera irreversibile proprio quell'esigenza di corrispondenza biunivoca ed immancabile fra previsione legislativa e conseguenze giuridiche prefissate. La tipologia classificatoria di circostanze proprie in esame vede, infatti, il giudice e non il legislatore (che si astiene dall'individuare il contenuto) quale demiurgo dell'elemento attenuante. Facendo leva sulla suddetta concezione della certezza si è, pertanto, giunti ad escludere non solo le circostanze aggravanti, in quanto direttamente e scopertamente in contrasto con l'art. 25.2 Cost., ma anche le attenuanti indefinite. Il loro difetto di legalità risulterebbe, infatti, un veicolo di discrezionalità (se non di vero e proprio arbitrio) giudiziaria, ben poco rispettoso del canone di certezza che pur deve informare la predeterminazione legislativa della cornice edittale ed orientare (sia pur coi debiti temperamenti) la commisurazione della pena da parte del giudice.

Peraltro, alla suddetta argomentazione non è neppure possibile obiettare (cosa che, invece, viene fatta comunemente) il fatto che la «*ratio*» di certezza è in definitiva posta in funzione di garanzia e ciò poiché la componente garantista immanente alla certezza è ricollegata a questa sotto l'angolo di visuale della conoscibilità (c.d. conoscibilità-colpevolezza) e non sotto il profilo della immancabilità delle conseguenze giuridiche necessariamente previste dalla statuizione legislativa⁸⁶.

Ebbene, nonostante la raffinatezza e per certi aspetti correttezza delle argomentazioni sviluppate dall'impostazione ermeneutica in esame appare, tuttavia, questa eccessivamente “rigorosa”, monoliticamente ancorata al canone della certezza e poco

⁸⁶ In tal senso si è, infatti, soliti affermare che il soggetto che subisce la pena senza possibilità di conoscere il precetto viene strumentalizzato dall'ordinamento a meri fini di prevenzione generale mediante intimidazione rivelandosi insensibile alle esigenze di tutela della persona espresse e realizzate dalla colpevolezza.

“sensibile” al ruolo assunto dal potere giurisdizionale nell’odierno assetto democratico-costituzionale⁸⁷.

Un diverso orientamento fondando, invece, le proprie argomentazioni sulla «*ratio*» di garanzia sottesa al principio di legalità penale giunge a conclusioni diametralmente opposte a quelle precedentemente delineate e cioè ad ammettere l’utilizzo delle circostanze attenuanti indefinite.

La suddetta *ratio*, ad oggi sicuramente la più accreditata sia in giurisprudenza che in dottrina quale primaria espressione del fondamento sostanziale del principio di legalità penale, deve essere intesa quale espressione dell’esigenza di limitare i poteri del giudice nell’individuazione della *regula iuris* per il caso concreto. In tal senso l’istanza garantista sottesa alla legalità mira a far sì che il procedimento applicativo della norma debba presentare i connotati di un procedimento prevalentemente *logico* e *sussuntivo* del fatto storico nello schema astratto della fattispecie, secondo le cadenze proprie della conformità al tipo. Viceversa, ove venga concesso al giudice ampio spazio nel momento interpretativo della fattispecie - e cioè nella valutazione relativa alla riconducibilità di un dato comportamento concreto nell’alveo della norma indeterminata - si finisce con il connotare il procedimento in esame secondo i caratteri di un accertamento *valutativo* e *teleologico* della corrispondenza della soluzione applicativa ai valori e agli scopi di tutela sottesi alla norma.

Ciò precisato in linea generale sulla *ratio* garantista della legalità penale, occorre ora più analiticamente osservare come questa si sviluppi in realtà secondo due differenti e complementari direttrici. *In primis*, si è soliti osservare che dal momento che il *principio democratico* ed il *controllo da parte della Corte Costituzionale* devono ispirare l’intero fenomeno della produzione del diritto penale, l’elaborazione della *regula iuris* deve essere sottratta quanto più possibile ad organi privi di legittimazione democratica, come quello giudiziario, e i cui atti o provvedimenti non sono suscettibili di essere sottoposti al controllo di legittimità costituzionale⁸⁸. A ben vedere,

⁸⁷ Sarebbe meglio dire in un assetto statale sociale fondato su di una costituzione rigida. Per le diffuse argomentazioni sul punto si rinvia ai paragrafi seguenti.

⁸⁸ Ci sia consentito sul punto rinviare a L. Pellegrini, *Riserva di legge e competenza penale europea*, cit., 21 ss. Si afferma, infatti, come accanto ad una flessione della garanzia sottesa al procedimento democratico, si sia sviluppata e affermata sempre di più quella legata al controllo della Corte costituzionale. Emblematico il passaggio in cui si afferma che «Decadimento della capacità rappresentativa del Parlamento, perdita di centralità di tale organo e della fonte legislativa nel quadro della produzione normativa penale, malfunzionamento dei controlli democratici che caratterizzano l’iter approvativo delle leggi penali, interpretazione creativa o manipolativa della prassi giurisprudenziale del giudice comune e del Giudice delle leggi, sono pertanto tutti fattori endogeni che provocano inevitabilmente un deficit di democraticità che affligge il diritto penale di oggi. Sul piano interno italiano la riserva di legge penale si è, dunque, piegata nei fatti a mille compromessi lasciando spazi vieppiù ampi agli apporti dell’esecutivo e svuotandosi con sempre maggiore frequenza del suo carattere democratico, financo nel processo formativo della legge ordinaria. Tuttavia, lo scadimento dei meccanismi di controllo democratico-procedimentali connessi alla riserva di legge fanno spostare il baricentro garantista del principio nella fase del controllo della Corte costituzionale, con conseguente inevitabile incremento del suo ruolo politico». Sempre su tali aspetti si richiama in dottrina F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 50 s.; Id., *Legalità penale*, cit., 1292 ss.; Id., *Riserva*

e questo è il punto, non si tratta tanto di scongiurare «arbitrii» che potrebbero essere consumati dai giudici, costituendo il potere giudiziario nel nostro quadro costituzionale uno strumento di tutela dei diritti e di salvaguardia della legalità e, dunque, uno strumento di garanzia, quanto piuttosto di confermare anche nel momento applicativo della legge sia quel principio democratico che nel momento della sua produzione è assicurato dalla riserva assoluta di legge, sia quell'esigenza di conservare nelle mani della giurisdizione costituzionale l'ultimo baluardo di controllo. Tutto ciò nel presupposto che il legislatore democratico sia nei vigenti sistemi costituzionali il migliore affidatario dei beni della libertà e dignità individuali, messi in costante pericolo dal diritto penale e che la Corte Costituzionale rappresenti il detentore-conservatore dei principi contenuti nella Carta fondamentale che non solo non possono/debbono essere violati ma che tutto devono animare. In tal senso, pertanto, il principio di legalità penale garantirebbe da possibili abusi a cui il potere punitivo potrebbe prestarsi ove affidato a poteri diversi da quello legislativo. In secondo luogo, la garanzia della legalità fa da barriera all'attività interpretativa ed applicativa del giudice che per sua natura (sociologicamente accertata) tende alla repressione dilatando le fattispecie penali con l'obiettivo di estendere quanto più possibile le esigenze di tutela dei beni. Una norma difettosa sotto il profilo della chiarezza e precisione consentirebbe, infatti, facilmente di equiparare un comportamento ad un altro in ragione di esigenze repressive sostanzialmente identiche. Orbene, si rischierebbe così di instaurare una dilatazione dell'area del penalmente rilevante di cui sarebbe pressoché impossibile prevedere i limiti.

Ciò premesso in ordine alle diverse modulazioni di significato assunte dalla *ratio* di garanzia, occorre osservare che ove intesa nella sua prima connotazione (*id est* quella di monopolizzazione della produzione normativa penale nelle mani del legislatore) si dovrebbe andare incontro ad una netta chiusura nei confronti delle circostanze indefinite sia esse aggravanti che attenuanti. In entrambi i casi si realizzerebbe, infatti, un decentramento del potere di individuazione e produzione normativa nelle mani di un organo/potere privo di legittimazione democratica e i cui atti non sono suscettibili di controllo di costituzionalità. Violata ne sarebbe, dunque, l'istanza garantista.

Se si fa leva, viceversa, sulla seconda direttrice espressa dalla *ratio* di garanzia si giunge ad una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella appena delineata e, quindi, al riconoscimento di una perfetta e piena compatibilità con l'assetto ordinamentale e costituzionale delle circostanze attenuanti indefinite. Ciò si può ragionevolmente sostenere sul fatto che nessuna dilatazione dell'area del penalmente rilevante ad opera del giudice si realizzerebbe, ma anzi una sua compressione sotto il profilo sanzionatorio-quantitativo. L'intera individuazione (se non propriamente creazione) giurisprudenziale dell'elemento circostanziale attenuante si tradurrebbe nella predisposizione di uno strumento non afflittivo del reo, bensì alleviatore delle

di legge e diritto penale moderno, cit., 277 ss.; Id.; *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 278; R. Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 92 s.

pene. Questa, dunque, in fin dei conti l'argomentazione principale sottesa all'ammissibilità delle circostanze attenuanti indefinite nel nostro ordinamento.

Le riflessioni appena effettuate prestano, tuttavia, il fianco a talune considerazioni critiche di non poco conto, tanto da doversi ritenere la contrapposizione fra *ratio* di certezza e *ratio* di garanzia e conseguentemente fra *ammissibilità* e *non ammissibilità* dell'istituto delle attenuanti indefinite del tutto asfittica se non propriamente contraddittoria ove si faccia – come cercato di fare in precedenza – puntuale attenzione al contenuto espresso dalle suddette *rationes*.

Numerosi appaiono, dunque, i rilievi che si possono muovere ai sopraesposti orientamenti, ma tre risultano di preminente e determinante importanza e, pertanto, su questi è d'uopo soffermare la nostra attenzione.

Innanzitutto, occorre sottolineare come le suddette impostazioni teoriche finiscono per concentrare la loro indagine su di uno soltanto dei fondamenti sostanziali del principio di legalità penale e non tengono, conseguentemente, in debito conto l'altro. Ebbene, una accentuazione dell'un carattere a discapito dell'altro non appare, infatti, coerente con l'essenza stessa della legalità e dei diversi valori di cui i suoi corollari formali sono portatori. Si impone, infatti, in materia un delicato bilanciamento e una contestuale valorizzazione sia della *garanzia*, sia della *certezza* in quanto entrambe anime vivificatrici della legalità.

In secondo luogo, è necessario rilevare che gli orientamenti *de quibus* peccano nel pretendere di generalizzare i risultati di cui questi sono portatori. Così procedendo, infatti, si abbandona una riflessione analitica e particolareggiata in ordine ai diversi "gruppi" di istituti. Più precisamente, non pare tenersi in debito conto le peculiarità di cui sono dotate quelle norme che riguardano il sistema sanzionatorio ed in particolare quelle che concernono la commisurazione della pena. In quest'ultima fase viene, infatti, in gioco un principio fondamentale dell'ordinamento penale, che trova il proprio riconoscimento nella Costituzione: l'*individualizzazione* della sanzione concretamente irrogata. Né l'orientamento che fa leva sulla «*ratio*» di garanzia, né quello, ad esso contrapposto, che si incentra sulla «*ratio*» di certezza sembrano, infatti, chiamare in gioco il suddetto interesse costituzionalmente fondato, ponendolo – come è logico che sia – in contrapposizione con le istanze legalitarie del diritto penale.

In terzo ed ultimo luogo, occorre sottolineare come anche l'indirizzo maggioritario in dottrina e giurisprudenza che, fondandosi sulla «*ratio*» di garanzia, riconosce piena utilizzabilità alle circostanze attenuanti indefinite in quanto queste - sebbene accentuino il ruolo del giudice e del suo potere discrezionale qualitativo - non realizzano alcuna estensione dell'area del penalmente rilevante, ma anzi una sua compressione sotto il profilo sanzionatorio-quantitativo, non persuade fino in fondo. A ben vedere, infatti, le circostanze attenuanti indefinite non sono strumenti di tipo "compassionevole" e di "indiscriminata indulgenza", ma istituti che ben possono rivelarsi autentici "strumenti liberticida" nelle mani dell'organo giudiziario. Il potere giudiziario, specie in contesti statuali in cui questo risulta essere particolarmente prossimo al potere politico - quasi da dirsi una sua stessa espressione - potrebbe, infatti, utilizzare le attenuanti indefinite per ridimensionare fortemente le pene rispet-

to a soggetti consentanei all'orientamento politico dominante nel dato momento storico e che si sono macchiati, ad esempio, di reati posti in essere a danno di persone politicamente avverse. A ben vedere, infatti, le attenuanti indefinite, combinate a istituti premiali operanti specie nella fase dell'esecuzione, concorrono ad abbassare anche sensibilmente i limiti edittali, permettendo così ai beneficiari di andare incontro a pene blande e prive di effettiva capacità afflittiva. La pena sebbene pur sempre irrogata, si tradurrebbe in un "gesto" meramente simbolico, non incidendo effettivamente sulla persona del reo. Da contro altare farebbe, poi, la loro non concessione nei confronti degli avversari politici, i quali, semplicemente perché invisibili all'orientamento dominante, potrebbero andare incontro all'irrogazione di pene particolarmente severe (se non addirittura sproporzionate) anche per reati bagatellari. Tutto ciò, a ben vedere, appare di una gravità veramente impressionante che non è stata in dottrina sempre adeguatamente riflessuta e compresa. Le suddette torsioni ed affezioni emblematiche verrebbero, infatti, a realizzarsi mantenendo, paradossalmente, in formale "normalità" l'ordinamento penale. Nessuno "strappo" evidente (abolizione di determinati reati, introduzione di scriminanti per determinati soggetti o casi, discipline specifiche per tipi d'autore) si realizzerebbe. Pur tuttavia, nella realtà dei fatti si produrrebbe una sostanziale mancata punizione di soggetti "eletti". Ciò precisato, a nostro avviso anche le attenuanti indefinite, sebbene la dottrina più attenta ed autorevole⁸⁹ le abbia ritenute sempre *non* problematiche - o quantomeno *meno* problematiche rispetto alle altre tipologie di norme favorevoli - poiché incidenti anziché sull'*an* della punibilità, sul solo *quantum* della responsabilità penale⁹⁰, non possono dirsi, dunque, esenti da complicazioni nel loro utilizzo specie in determinati assetti statuali. Il pericolo di un loro impiego arbitrario e liberticida è, infatti, pur sempre dietro l'angolo, essendo queste capaci di produrre effetti sostanzialmente identici - o, quantomeno, molto simili - alla introduzione di una nuova scriminante o (per converso, stante la non concessione) di una circostanza aggravante, senza per questo alterare l'assetto ordinamentale in maniera tanto evidente.

6.3.2.2 Soluzioni differenziate in rapporto alle forme di Stato. Stato «totalitario», Stato «autoritario», Stato «liberale» e Stato «sociale» a confronto

Quanto appena osservato conduce la riflessione fin qui sviluppata in ordine alla plausibilità di presenza ed utilizzo delle circostanze attenuanti indefinite sul rapporto fra le forme di Stato e le esigenze di legalità e determinatezza. Nelle diverse e principali organizzazioni statuali storicamente avutesi è, infatti, osservabile un differente ruolo (e, quindi, accettabilità) assegnato alla suddetta tipologia classificatoria di circostanze proprie.

A ben vedere, le diverse forme di Stato instaurano una più o meno univoca correlazione con l'esigenza di legalità ed in particolare con il profilo della determinatez-

⁸⁹ F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 256 ss.; Id., *Corso di diritto penale*, cit., 530.

⁹⁰ F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 256.

za, nel senso che questa sembra essere propria o almeno connaturale ad alcune forme di Stato e non ad altre.

La distinzione che si intende percorrere nel proseguio è, pertanto, fra Stato «totalitario», stato «autoritario», stato «liberale» e stato «sociale-costituzionale».

Ebbene, l'assetto determinato o meno e, quindi, la netta contrapposizione fra pluralismo e monismo ideologico sottesa alle diverse articolazioni *de quibus* è, dunque, strettamente correlato a come è distribuita la legittimazione democratica del potere fra i vari organi dello Stato e delle inevitabili conseguenze che ne derivano sul principio di separazione dei poteri. La distribuzione del potere risponde, infatti, ad un programma puramente negativo di limite o meglio di autolimitazione del potere statale a vantaggio della libertà individuale⁹¹, al contrario della concentrazione del potere, che presuppone logicamente la positiva accettazione di uno scopo, fine o valore, da cui in definitiva trae la sua legittimazione sostanziale. Ciò premesso, si può dire che sul piano storico la conseguenza della determinatezza/indeterminatezza della legge penale dipende in gran parte dalla posizione istituzionale di soggezione del potere giudiziario nei confronti di quello politico⁹², così come il significato della determinatezza dipende, oltre che dalle concezioni di fondo da cui muove la legalità, dall'azione statale, anche e soprattutto dalla misura in cui la legge riesce a porsi quale espressione di valori legalmente accettati dalla comunità, anziché di interessi propri di gruppi di potere tendenti a monopolizzare lo Stato.

Passando ora all'esame dei rapporti fra le singole e diverse forme di Stato e principio di legalità specie sotto il corollario della determinatezza delle leggi, occorre osservare che lo Stato «totalitario» si caratterizza per l'indeterminatezza delle norme. Orbene, l'indeterminatezza appare perfettamente coerente con l'idea di un indistinto potere diffuso finanche nei giudici e concentrato intorno allo scopo o valore che ne costituisce l'unico criterio di legittimazione e limitazione. Lo Stato «totalitario» dunque, in quanto caratterizzato da un integrale monismo ideologico che tutto prevenendo non trova necessariamente la sua più solenne forma di manifestazione unicamente nella legge, può tranquillamente presentare fra i suoi caratteri anche quello dell'indeterminatezza delle leggi. Il che comporta una notevole apertura alle fonti c.d. sostanziali, che sono poi costituite da quegli stessi principi o valori che fondano teleologicamente la legittimazione del potere politico⁹³. Le leggi indeterminate consentono, dunque, allo Stato «totalitario» di perseguire i suoi scopi politici, quando sia possibile contare su di una uniforme *Weltanzhawng* dei giudici ideologicamente corrispondente alle visioni del potere politico ovvero su di una loro indipendenza, istituzionale o meno, comunque effettiva dal vertice politico. In tal senso si è posto il

⁹¹ M. Spagna, *Diritto costituzionale*, cit., 214.

⁹² F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 104 ss.

⁹³ Sui rapporti fra Stato totalitario ed abbandono della legalità, v. Ancel, *La règle «nulla poea sine lege» dans les législations modernes*, in *Ann. de l'Institut de dr. comp.*, 1936, 268-269; M. Fisichella, *Analisi del totalitarismo*, Messina-Firenze, 1976, 129 ss., anche per quanto riguarda la distinzione fra totalitarismo e autoritarismo. Cfr. anche F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 110 e 147 ss.

chiaro esempio della Germania nazionalsocialista⁹⁴; sebbene con l'evoluzione dello Stato «totalitario» ed il suo passaggio da una concezione *dinamico-sostanzialistica* ad una *statico-formalistica* del potere e del diritto si sia addivenuti al recupero del principio di stretta legalità. In tale assetto statutale, dunque, risultano perfettamente plausibili le circostanze indefinite (anche aggravanti) e assolvono queste un ruolo *sussidiario* rispetto a quello legislativo di adeguamento del trattamento sanzionatorio alle specifiche peculiarità valoriali/disvaloriali presentate dal fatto storico di reato e ciò anche al di là della previsione legislativa dei margini edittali che non devono ritenersi un "limite" invalicabile. Assolvono, dunque, queste un ruolo *dinamico-concretizzatore* capace di modulare la risposta sanzionatoria ed il disvalore del fatto di reato alle peculiarità del caso concreto che, sebbene non prese in considerazione a livello astratto dal legislatore, sono pur sempre apprezzabili dal giudice come meritevoli di quell'effetto di extraedittalità. In conclusione sul punto, appare evidente come nell'assetto statutale in esame sussista una sostanziale "fungibilità" di ruoli fra legislatore e giudice nell'adempiere alle operazioni individuative/determinative della fattispecie penale e ciò in forza dell'identità ideologica e di interessi che accomuna i suddetti poteri.

Ciò precisato in ordine alla forma di Stato «totalitario», occorre ora concentrare la riflessione su quelle forme statuali che si suole definire come *autoritarie*. Nello Stato «autoritario», contrariamente a quanto appena osservato, il principio di legalità penale assume una rilevanza ed un ruolo del tutto preminente e le leggi devono presentare un elevato tasso di determinatezza, dal momento che si ha una netta contrapposizione fra *volontà politica* e *ceto giudiziario*. Più precisamente, nello Stato «autoritario» l'accentrazione nelle mani dell'organo legislativo del potere di criminalizzazione, trova la propria ragione nell'atteggiamento (quantomeno visto come po-

⁹⁴ Gli ideologi del regime nazionalsocialista muovevano dalla fondamentale premessa che il contratto fra Stato ed individuo, caratteristico della tradizione liberal-borghese, fosse ormai superato dal superiore principio della «comunità popolare», nella quale l'individuo si annullava interamente e al cui servizio esclusivo veniva concepito lo Stato e il suo potere: unico capo ed interprete della comunità popolare era poi, per «misterioso destino», il *Führer*. Una simile concezione non poteva condurre che al rifiuto sia del principio della divisione dei poteri sia del principio di legalità. Negata, dunque, qualunque esigenza garantista che l'individuo potesse invocare nei confronti dello Stato, la divisione dei poteri diventava conciliabile con l'idea di uno Stato unitariamente concepito in ogni suo potere e attività di servizio della comunità popolare, così come il principio di legalità, non solo si rivelava un ostacolo alla punizione di tutti quei fatti che se ne rilevassero meritevoli secondo le convinzioni giuridiche della comunità popolare, ma veniva anche giudicato come un relitto del passato, espressione di una riprovevole *Gesinnung* individualisticamente affidantesi per decidere le proprie azioni al «calcolo» delle conseguenze giuridiche. Dalle medesime premesse derivava, nella teoria delle fonti, la sostituzione della idea di «legge» con quella di «diritto» immediatamente promanante dalla coscienza popolare, di cui era unico interprete il *Führer*. Cfr. sull'argomento Mezger, *Le linee direttive del progetto preliminare di un nuovo codice penale tedesco*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 165 ss., in cui sono riassunti tutti i motivi dell'ideologia nazionalsocialista in diritto penale. Ancora sul punto Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, 1975, 60 ss.; P. Nuvolone, *La riforma del § 2*, cit., 2; Schreiber, *Gesetz un Richter*, cit., 191; L. Fassò, *Tra positivismo e nazismo giuridico*, cit., 793 s.; Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg, 1934, 48; Krüger, *Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht*, in *ZStW*, 1935, 592. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 113 s.

tenziale) di resistenza dell'organo giurisdizionale. Nello Stato «autoritario» dunque, soprattutto quando si tratti di paesi in cui vi sono forti tradizioni di normativismo oppure in cui l'autoritarismo del potere politico non trovi radici sufficientemente profonde in una salda e suggestiva ideologia che possa assurgere al rango di diretta fonte sostanziale del diritto, il principio autoritario trova non meno logica e coerente espressione, almeno sul piano teorico, nella supremazia della legge intesa quale indiscutibile manifestazione della volontà politica⁹⁵ e ciò soprattutto quando, sul piano pratico, sia necessario vincere presumibili atteggiamenti di resistenza da parte del ceto giudiziario. Un caso emblematico in tal senso appare essere l'esperienza italiana del Fascismo. La positivizzazione e consacrazione della legalità nel codice Rocco si riteneva essere, dunque, un utile (se non propriamente indispensabile) strumento per perseguire i fini del regime. Pur tuttavia, occorre rilevare che il suddetto scopo non fu l'unica ragione a determinare l'ancorarsi del Fascismo al principio di legalità penale. La suddetta soluzione, fu, infatti, anche il risultato sia del peso di una tradizione che l'ideologia fascista non fu in grado di rompere (priva come era di una autonoma concezione della natura del diritto), sia l'espressione di una cultura giuridica dominante strettamente legata al dogma giuspositivistico. Ciò considerato è d'uopo in conclusione sul punto rilevare che l'assetto statale autoritario esprima una forte e radicale diffidenza nei confronti delle norme indeterminate e, quindi, - per quanto specificamente qui interessa - anche delle circostanze indefinite sia nella forma delle aggravanti che delle attenuanti. Evidente, infatti, come la rinuncia da parte del potere legislativo di definite l'elemento circostanziale sposti notevolmente l'assetto di produzione normativa nelle mani di un organo visto ed avvertito come ostile e in conflitto con quello politico. In buona sostanza, l'accentuazione del dogma della legalità e delle connesse esigenze di determinatezza della legge penale, nell'ottica dello Stato «autoritario» divengono strumento di controllo e di governo, in antagonismo con il potere giudiziario. Del tutto avulse risultano, pertanto, da tale logica le funzionalità di garanzia e di certezza.

Procedendo oltre nell'analisi delle diverse forme di Stato e del loro rapporto più o meno tensivo con il principio di legalità e con il suo corollario della determinatezza, è necessario soffermare l'attenzione sullo Stato «liberale». Ebbene, questo esige poche e chiare leggi⁹⁶. L'esigenza di determinatezza delle leggi, volta a comprimere l'attività interpretativa del giudice, nell'assetto statale ora in esame risponde da un lato all'idea della distribuzione e separazione del potere e, dall'altro, alle esigenze di autolimitazione - in ottica garantista della libertà individuale - del più penetrante potere dello stato: quello punitivo⁹⁷. Non appaiono esservi dubbi, infatti, nella constatazione che quanto più la legge è determinata tanto più limitato ne risulta il poter del giudice nei confronti di quello legislativo, il quale ultimo vedrà pertanto ridotta la

⁹⁵ Per le diffuse osservazioni e riflessioni sul punto si rinvia in particolare a G. Delitala, *Criteri direttivi*, cit., 592; P. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., 2682; F. Stortoni, *Intorno al problema della riserva di legge*, cit., 289; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 131 ss.

⁹⁶ Cfr. per tali riflessioni fra tutti F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 138 ss.

⁹⁷ Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 144 ss.

concorrenza di quello giudiziario nell'attività di creazione normativa. Al contempo, risulta limitato anche il potere politico genericamente ed unitariamente inteso, il quale vedrà necessariamente compressa quella eventuale possibilità di influire sul giudice e sulle sue decisioni che soprattutto le leggi elastiche sono in grado di offrire⁹⁸. Passando ora alla specifica problematica che a noi interessa, occorre chiedersi quale sia il ruolo ricoperto dalle circostanze attenuanti indefinite nello Stato «liberale»; quale la loro posizione e plausibilità di utilizzo. Ebbene, anche in questo caso (così come detto per la forma di Stato autoritario) - sebbene sulla base di ragioni profondamente eterogenee -, le circostanze proprie indefinite, non appaiono ammissibili in quanto deferiscono al giudice un compito *para*-normativo di individuazione dell'elemento circostanziale, in perfetto contrasto con la logica sottesa alla separazione dei poteri e alle preminenti esigenze di certezza giuridica legate alla formulazione di poche e chiare norme. In buona sostanza, la possibile indefinita ed indefinibile proliferazione nel sistema delle circostanze attenuanti ad opera dell'organo giudiziario, ne determinerebbe una difficile se non impossibile preventiva conoscenza da parte dei cittadini e un incremento a dismisura delle fattispecie c.d. circostanziate. Il tutto, così, in aperto contrasto con la necessità della "chiarezza" e della "contenutezza numerica" delle norme penali; valori, questi, in cui lo Stato «liberale» si riconosce e si fonda.

Quanto, infine, allo Stato «sociale» di diritto quale ultima evoluzione statuale ad oggi teorizzata⁹⁹, occorre osservare che il principio di legalità ed in particolare quello di determinatezza è funzionale alla ricerca di un *equilibrio* fra gli organi. Questo si discosta, dunque, dal suo originario significato "liberale" (non va dimenticato, infatti, che è proprio sul terreno del vecchio Stato «liberale» che si era alimentato il principio in esame), così che il suo contenuto necessita di essere adeguato alle esigenze dello Stato «sociale», come esse emergono dalle Carte fondamentali che stanno alla base del patto sociale. Ebbene, i nuovi compiti assunti dallo Stato «sociale» - nei confronti di un uomo che non è più un *individuo* chiuso in se stesso e nei confronti del quale lo Stato assume il solo compito di garantirne la sfera di assoluta libertà, bensì una *persona* vista oltre che nella sua dimensione individuale nelle sue realizzazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità - comportano logicamente un allentamento del principio di determinatezza e, di conseguenza, un accrescimento dei poteri del giudice. A ben vedere, infatti, la *libertà individuale* non costituisce più un "valore assoluto", tale da giustificare una sua tutela incondizionata ma, si pone in tensione dialettica con altri valori, innanzitutto con quelli dell'*eguaglianza* e della *giustizia*, di cui lo Stato «sociale» si fa promotore ed al contempo carico e la cui completa tutela e realizzazione possono esigere o la ricerca di un faticoso compromesso con l'osservanza del principio di determinatezza, ovvero (addirittura) il suo abbandono. Occorre rilevare, inoltre, che dal momento che lo Stato «sociale» è chiamato a disciplinare una serie ormai vasta di atti-

⁹⁸ Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 145 s.

⁹⁹ Cfr. in generale, M. S. Giannini, *Stato sociale*, cit., 139 ss.; C. Mortati, *Le forme di governo*, cit., 61 ss.; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 183 ss.

vità economiche, commerciali, produttive, tecniche ecc., assai spesso molto difficilmente afferrabili da parte della norma a causa della loro complessità e specialità, il legislatore, per sfuggire ad una tecnica legislativa casistica, frammentaria e sovrabbondante, è costretto ad utilizzare frequentemente le clausole generali, che ormai costituiscono perciò una caratteristica costante e difficilmente rinunciabile dei moderni ordinamenti che cercano così di far fronte a fenomeni sociali liquidi in costante trasformazione. La flessione della legalità ed in particolare un allentamento delle esigenze di determinatezza delle leggi (anche penali) permette così di realizzare una risposta punitiva puntuale, effettiva e proporzionata rispetto alla modulazione storica di determinati fenomeni criminosi. Attraverso l'indeterminatezza - stante lo stretto legame logico fra i due termini - si finisce, poi, col riporre nuova fiducia nel giudice e nel suo ruolo. Più precisamente, credendo nell'indipendenza dell'organo giudiziario dagli altri poteri, se ne corrobora la funzione di controllo e di plasmatore della norma, a discapito di un legislatore sempre poco presente e attento. Ebbene, ciò precisato appare evidente come le circostanze attenuanti indefinite si facciano veicolo in un ordinamento statale di tipo «sociale» delle istanze, costituzionalmente fondate, di *eguaglianza* e di *individualizzazione* del trattamento sanzionatorio. La suddetta tipologia di circostanze, proprio perché si affranca dal rigido legalismo che ne imporrebbe la preventiva positivizzazione da parte del legislatore, permette, dunque, di addivenire a risposte sanzionatorie più "consono" rispetto al disvalore del fatto di reato concretamente posto in essere dal reo e ciò anche in violazione dei minimi edittalmente previsti. Ebbene, il limite legalistico espresso dalla cornice edittale nell'ottica in esame assume un valore del tutto peculiare che non è da ravvisarsi tanto nell'idea di *vincolo al giudice* (in quanto questi sarebbe obbligato ad irrogare una pena contenuta nella forbice prefissata), ma in quella di *indice tendenziale del grado di disvalore del fatto di reato*. La cornice edittale diviene, dunque, un faro guida per il giudice di tipo flessibile (quanto al minimo) e ciò al preciso fine di permettergli di tradurre sul piano numerico-quantitativo valori eccezionali non predeterminati né predeterminabili in via generale ed astratta da parte del legislatore ed il cui rilievo costituzionalmente si impone pena la violazione dei dettami della eguaglianza sostanziale e della proporzionalità.

6.3.2.3 L'assetto democratico pluralista e la coesistenza dinamica ed equilibrata fra poteri nello Stato «sociale» di diritto. Il fondamento legittimante le circostanze attenuanti indefinite nella dialettica «prevedere in astratto» e «provvedere in concreto». Per una contropinta improntata ai criteri di ragionevolezza, proporzionalità ed equità

Le riflessioni appena sviluppate in ordine all'assetto statale «sociale» di diritto, fondato su di una carta costituzionale di tipo rigido ed al suo rapporto con il principio di legalità penale ed in particolare con il corollario formale della determinatezza conducono, dunque, verso la piena ammissibilità delle circostanze attenuanti indefinite e ciò sulla base di un "recupero" - in ottica dialogico-dinamica con gli altri poteri dello Stato - del ruolo del giudice.

Su tale ultima considerazione (e non sulla controversa esigenza di garanzia) deve, dunque, a nostro avviso radicarsi oggi la ragione fondativa delle attenuanti indefinite.

L'assetto democratico pluralista rappresentato dallo Stato «costituzionale» ed ancor maggiormente dalla sua evoluzione costituita dallo Stato «sociale» di diritto, si caratterizza, infatti, per la coesistenza dinamica ed equilibrata fra i diversi poteri. *Coesistenza* in quanto ciascuno di essi ha interesse alla esistenza degli altri e *dinamica* in quanto si interrelazionano fra di loro in ottica sia competitiva sia di alleanza, alla ricerca di un reciproco equilibrio. In tal senso si può, infatti, ritenere che lo Stato «costituzionale» e lo Stato «sociale» trovano la loro forza nella debolezza relativa dei soggetti costituzionali che lo sostengono. Possiamo, dunque, definire il pluralismo come la condizione in cui versano le società composite, dove però le divisioni tra le parti non raggiungono un grado di tensione tale da rendere impossibile il compromesso ma si relazionano in un reciproco equilibrio¹⁰⁰.

Orbene, è d'uopo rilevare – e ciò al fine di comprendere a pieno le riflessioni conclusive che seguiranno – che lo Stato «costituzionale pluralista» è nato dalla confluenza fra due modelli diversi di costituzionalismo: uno di natura continentale (radicato, in prevalenza, nella tradizione francese), l'altro di matrice anglosassone (radicato, in prevalenza nella tradizione nordamericana)¹⁰¹. Come noto, i suddetti modelli si sono sempre storicamente distinti proprio sul piano degli equilibri fra i poteri. Il primo è, infatti, imperniato sul ruolo preminente del Parlamento e della legge penale; il secondo, sul ruolo del giudice e dei principi del diritto che questi è chiamato ad estrapolare, con riferimento al caso concreto, dal complesso delle norme scritte e consuetudinarie¹⁰².

Ebbene, la suddetta interrelazione fra diversi modelli (favorita dal “dramma” rappresentato dalla Seconda Guerra Mondiale) viene a caratterizzare lo Stato «costituzionale» come la forma giuridica di una «democrazia pluralista», di quella democrazia – per dirla con le parole di Petere Häberle - che è espressione di una «società aperta», fondata sul principio di tolleranza e sulla pari legittimazione di tutte le componenti culturali e politiche di cui si compone il tessuto sociale. Le moderne costituzioni rigide, radicatisi su di un assetto sociale e culturale profondamente mutato dal progresso tecnologico e dall'esperienza delle grandi guerre della prima metà del ventesimo secolo (quantomeno nell'esperienza europea), hanno, dunque, determinato la crisi del concetto di “sovranità liberale”, che aveva da sempre visto il diritto penale quale strumento di controllo e governo della società. Queste hanno, inoltre, mutato profondamente il tessuto politico di una democrazia, divenuta così pluralista, per sua natura, caratterizzata dalla diversità, cioè dal fatto di manifestarsi come

¹⁰⁰ Cfr. per tali riflessioni G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, 2006, 29 e 31.

¹⁰¹ Modelli maturati nel solco di tradizioni giuridiche diverse rispettivamente di *civil law* e di *common law* di conseguenza ispirati a visioni diverse del rapporto attraverso cui si esprime l'essenza del costituzionalismo moderno: del rapporto, cioè, che viene a legare la legge ai diritti ed i diritti alla giustizia.

¹⁰² Cfr., per tali osservazioni, sulla confluenza dei due diversi modelli di costituzionalismo nello Stato costituzionale pluralista vedi E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006, 11 ss.

realtà “policentrica” o “poliarchica”, cioè come una realtà articolata in una molteplicità di aggregati, organi, competenze che non riconoscono la presenza di un unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale¹⁰³. La conseguenza è che nello Stato «sociale-costituzionale» nessun soggetto dispone a titolo esclusivo dell’esercizio del potere sovrano, ma tutti i soggetti, al vertice e alla base, concorrono a tale esercizio secondo le competenze fissate dal modello costituzionale.

Al centro aggregante rappresentato, nello Stato «liberale», dalla *sovranità* si sostituisce, dunque, nello Stato «sociale» fondato su costituzioni rigide, il centro aggregante rappresentato dalla *Costituzione*, cioè dal complesso di principi e regole fissate dalla Costituzione, come prodotto della storia e della cultura di un determinato paese, prodotto che gli sviluppi della prassi e della giurisprudenza costituzionale tendono costantemente a far evolvere, a reinterpretare e ad aggiornare¹⁰⁴.

Una domanda a questo punto si impone: quale il ruolo ricoperto dal principio di legalità penale e dal suo corollario della determinatezza in siffatti assetti statuali?

Ebbene, la rigidità costituzionale determina come effetto diretto, una scomposizione del principio di legalità su due livelli diversi: il livello della legalità tradizionale propria dello Stato di diritto, secondo cui sia il potere amministrativo che il potere giurisdizionale sono strettamente subordinati alla legge ordinaria, espressione della sovranità delegata dal popolo al Parlamento; ed il livello della legalità costituzionale, che subordina lo stesso Parlamento e la legge ordinaria al rispetto di un limite superiore rappresentato dai principi e dalle norme espresse dal dettato costituzionale.

In tale ottica, il controllo esercitato dalla Corte Costituzionale diviene la vera ed ultima garanzia assolutamente indefettibile ed è questo diretto sia a garantire la tutela dei diritti fondamentali sia a ricercare ragionevoli punti di equilibrio fra i diversi principi e valori fissati dal dettato costituzionale. In questo contesto il bilanciamento tra principi, valori e interessi diviene, pertanto, uno strumento fondamentale del giudizio di costituzionalità: giudizio che assume, di conseguenza come parametri essenziali, accanto alle norme costituzionali, anche i criteri della ragionevolezza, della proporzionalità e dell’equità che esprimono l’essenza della civiltà giuridica¹⁰⁵.

Sempre sul piano del funzionamento del principio di legalità, un altro aspetto di centrale importanza ai fini della nostra indagine - e come tale da sottolineare - attiene alla crescente complessità del sistema delle fonti, conseguente allo sviluppo sia delle autonomie territoriali che dei livelli di normazione sopranazionale. Questa complessità conduce oggi ad accentuare, insieme con il declino della legge formale, lo spazio interpretativo del giudice e un ruolo attivo della giurisprudenza

¹⁰³ Cfr. in tal senso, E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, cit., 22 ss. Il quale osserva, inoltre, che quand’anche la sovranità, in questo modello, risulti formalmente richiamata come entità unitaria per essere imputata al popolo, essa deve pur sempre essere esercitata - secondo l’espressione usata dall’art. 1.2 Cost. - «nelle forme e nei limiti della costituzione».

¹⁰⁴ Cfr. in tal senso E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, cit., 24; A. Cardone, *La normazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 358.

¹⁰⁵ Cfr. in tal senso sempre E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, cit., 26.

nell'espansione della sfera dei diritti. La combinazione tra la tradizione costituzionale continentale e la tradizione costituzionale anglosassone viene, in questo caso, a favorire un altro processo che, nell'attuale contesto europeo, sembra sempre più evolvere a favore di un'affermazione del modello anglosassone: con conseguenze che tendono a far registrare, in sintonia con le caratteristiche di tale modello, da un lato, un rafforzamento del potere giurisdizionale nei confronti degli altri poteri, dall'altro, una riduzione sensibile degli spazi assegnati al diritto codificato.

In conclusione sul punto, è d'uopo rilevare che lo Stato « sociale » di diritto, sembra avere ormai reso inarrestabile quel processo storico per cui il giudice penale è venuto allentando quella sua dipendenza dall'*imperium* volontaristico che si manifestava nello stretto vincolo della legalità.

Ebbene, appare ormai chiaro – sperando di evitare fraintendimenti - che nel diritto penale il vincolo della legalità non ha funzionato storicamente solo nel senso della garanzia. Proprio perché il “penale”, assai più che il diritto civile, dopo la comparsa dei grandi Stati nazionali ha maturato una naturale vocazione a farsi *instrumentum regni*, il vincolo della legalità ha potuto giocare anche nel senso di stringere appunto il giudice nell'*imperium* legislativo, all'*auctoritas* della volontà dominante più che alla *ratio* obiettivamente espressa da un patrimonio consolidato di valori, cultura ed esperienza. Dopo le grandi trasformazioni del secolo scorso, con la comparsa dei diritti e delle libertà fondamentali, il giudice penale ha assunto un ruolo assai più indipendente dall'*imperium* legislativo, proprio in penale perché qui più che altrove è questione di diritti fondamentali che ben possono opporsi alla legge penale. A questo punto, però, la strada era aperta ad un maggior coinvolgimento del giudice nella valutazione delle *rationes* implicate nell'applicazione processuale della legge penale¹⁰⁶.

In effetti, i diritti hanno fatto da grimaldello non solo nei confronti di una legge penale che li disconoscesse comprimendone l'esercizio, ma anche nella direzione opposta. I diritti, infatti, sono divenuti protagonisti di una richiesta sempre più intensa di tutela, sempre più si sono smaterializzati in veri e propri valori culturali – come ad esempio quello della dignità umana – reclamando tutele sempre più intense. E anche il giudice penale è diventato soggetto “coinvolto” in questo processo di allargamento delle tutele anche al di là di quanto il legislatore ha potuto o saputo fare. Più in generale, ancora, il giudice penale ha maturato un atteggiamento mentale per cui non è solo quella della *auctoritas* legislativa la voce che ascolta, ma anche quella delle *rationes* sociali che ormai egli avverte direttamente o nella migliore delle ipotesi mediate dalla Costituzione e dall'interpretazione di essa naturalmente evolutiva¹⁰⁷.

¹⁰⁶ V. fra tutti per una diffusa e puntuale indagine sulle suddette riflessioni F. Palazzo, *Il giudice penale fra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1613 s.; Id, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1 ss.

¹⁰⁷ F. Palazzo, *Il giudice penale fra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, cit., 1614; Id, *Corte costituzionale e principi penalistici: giurisdizione dei diritti e giurisdizione di legittimità*, cit.

A conclusione delle osservazioni fin qui sviluppate deve, dunque, tenersi presente che il pluralismo degli ordinamenti contemporanei non solo implica la prevalente e diretta applicabilità della Costituzione, ma presuppone, per usare la formula di Gustavo Zagrebelsky, la «mitezza» del diritto, la quale si raggiunge solo quando la norma viene applicata al fatto concreto bilanciando valori o principi concorrenti e/o confliggenti in ossequio alla logica regolativa del caso, tanto in sede giurisdizionale che procedimentale.

La dimensione garantista del principio di legalità vede conseguentemente attenuata la propria importanza e diviene derogabile la distinzione/separazione, imprescindibile nella prospettiva dello Stato «liberale» di diritto, tra «prevedere in astratto» e «provvedere in concreto»¹⁰⁸.

6.3.2.4 Considerazioni conclusive. Le circostanze attenuanti indefinite alla ricerca di un instabile compromesso fra le esigenze di individualizzazione della pena ed i principi di riserva di legge ed eguaglianza di trattamento

Alla luce delle riflessioni fin qui sviluppate sulle diverse forme di Stato e sulla loro relazione con il principio di legalità penale occorre effettuare alcune considerazioni conclusive.

Nell'ottica dello Stato «sociale pluralista» di diritto, che si fonda sulla ricerca di un *equilibrio* fra i diversi poteri e di una *interrelazione* fra le differenti istanze contenute nella Carta costituzionale, le esigenze di legalità e determinatezza della legge penale subiscono un affievolimento ed una compressione ove bilanciate con il principio di *individualizzazione* della sanzione penale.

E' necessario, infatti, rilevare che per quanto riguarda nello specifico le norme sul sistema sanzionatorio – eccezion fatta per quelle che individuano le diverse tipologie di pene – si ha un allentamento della determinatezza e ciò proprio al fine di consentire la migliore individualizzazione della sanzione concretamente irrogata, in modo che questa possa così risultare il più adeguata possibile al fatto storico di reato ed alle caratteristiche personali del reo. Occorre rilevare, peraltro, come l'esigenza di individualizzazione della pena ravvisi le proprie radici nella Costituzione e si ponga come un corollario di pressoché tutte le possibili opzioni concernenti la funzione della pena, anche se certamente essa diviene massima quando si afferma la finalità rieducativa della pena.

Orbene, appare evidente che il risultato della perfetta individualizzazione del trattamento sanzionatorio è tecnicamente raggiungibile solo se si conferisce al giudice, nel momento della commisurazione ed irrogazione della pena e in quello successivo della sua esecuzione, un potere discrezionale che gli consenta di apprezzare in concreto tutta una serie di elementi fattuali che, per la loro molteplicità, eterogeneità

¹⁰⁸ V., in tal senso, le acute riflessioni di A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., 368 s.

e plurisignificatività, non possono costituire oggetto di una previsione legislativa determinata.

In questa prospettiva, dunque, la tensione tra determinatezza legale e discrezionalità giudiziale viene sciolta a favore della seconda, senza, peraltro, che ne risulti vulnerato il principio costituzionale di legalità, visto e considerato che anche l'individualizzazione della pena, il suo adeguamento alla personalità del reo e alle sue esigenze rieducative, costituiscono oggi indicazioni costituzionalmente cogenti per l'ordinamento penale. Come tali, non possono né debbono sopperire di fronte alle istanze dettate dalla stretta legalità ma devono con queste interrelazionarsi e bilanciarsi. Si addivene così, ad un affievolimento del rigore dettato dal legalismo penale in favore di un potenziamento dei poteri del giudice¹⁰⁹.

Vista l'essenzialità assunta dalle circostanze attenuanti indefinite nella suddetta articolazione statutale, che si struttura proprio attorno al mutato assetto dei poteri ed al ruolo riconosciuto all'organo giudiziario e che impone il bilanciamento fra le esigenze sottese alla legalità penale ed il principio di individualizzazione della pena, non vi sarebbero dubbi in ordine alla loro piena plausibilità di presenza ed utilizzo. L'intera problematica potrebbe, dunque, essere così liquidata e risolta una volta per tutte.

Pur tuttavia, due rilievi conclusivi di tipo critico si impongono allo studioso più attento ed esigente, che non si accontenta di formule vuote o di stile ma ricerca la vera essenza vificatrice degli istituti.

Le ragioni elaborate dall'analisi dell'assetto statutale « sociale pluralista » di diritto e fondato su di una costituzione rigida, devono essere, infatti, portate a diretto e puntuale confronto con le esigenze dettate dal corollario della riserva di legge e dal principio di eguaglianza.

Dei suddetti principi, quale ostacolo all'ammissibilità nel nostro ordinamento penale delle circostanze attenuanti indefinite si era, in realtà, già detto. Pur, tuttavia, le argomentazioni – frutto della dottrina e giurisprudenza dominante – ripercorse, che ne portavano a rilevare una sostanziale non contrapposizione e conflittualità, non appaiono tuttavia esaustive. Si impone, pertanto, una riflessione più approfondita che tenga conto delle premesse fin qui svolte.

A. Quanto al profilo problematico dettato dal possibile contrasto fra riserva di legge e circostanze attenuanti indefinite, si è questo tradizionalmente scongiurato affermando che le suddette circostanze non designerebbero una norma penale in bianco da riempire indiscriminatamente *ope iudicis*, ma quest'ultimo si limiterebbe solo a esplicitarne il contenuto normativo nel singolo caso con i criteri offertigli dall'ordinamento. Nessuna libertà sovrana o arbitrio illimitato, dunque, bensì una discrezionalità che vincola il giudice a un'interpretazione di valori cui è legata la società in una data epoca storica. Ebbene, l'argomentazione appena ripercorsa non appare né corretta né ben impostata. *In primis* e sotto il profilo della "correttezza" delle

¹⁰⁹ L'unico autore che pare mettere in debito rilievo tale aspetto appare F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 258.

osservazioni *de quibus*, è necessario rilevare che il giudice proprio in relazione alle circostanze indefinite gode di un potere *libero* e pressoché *illimitato* di tipo *para-normativo*. In buona sostanza, le fasi di ricerca, individuazione e definizione del singolo elemento circostanziale attenuante sono riposte nelle mani del giudice. E', dunque, proprio il potere giudiziario e non quello legislativo a compiere la scelta contenutistico-sostanziale in ordine alla circostanza propria. Il richiamo ad una ricerca da parte del giudice dei valori sottesi alla società, non si comprende come possa (in una logica legalistica e di rispetto della riserva di legge) contenere il potere giudiziario in favore di quello legislativo. Questa si rivela, dunque, ad un'attenta riflessione un'altra formula vuota ed impalpabile, che cerca artificiosamente di celare la realtà dei fatti. In secondo luogo e sotto il profilo della "cattiva impostazione" della problematica, occorre osservare che l'attività "costruttiva" dell'elemento circostanziale da parte del potere giudiziario non si limita al solo piano contenutistico-definitorio, ma estende i propri effetti anche sulla sanzione, ridefinendo - in ottica astratta - la cornice edittale del nuovo reato circostanziato. Il profilo appena messo in rilievo, in realtà appare sicuramente il più problematico nell'ottica di compatibilità dell'istituto con le prescrizioni derivanti dal principio di riserva di legge in materia penale. A ben vedere, infatti, una fonte diversa da quella democraticamente eletta ed i cui atti (provvedimenti) non sono suscettibili di un controllo di costituzionalità, sarebbe in grado di definire la pena nel suo minimo edittale in piena autonomia. Come noto, infatti, la dottrina e la giurisprudenza sia di legittimità che costituzionale sono molto rigorose, ritenendo la riserva di legge in punto di sanzione di tipo « assoluto ». In tale ottica si osserva che la pena può essere prevista solo esclusivamente ed interamente dalla legge. Non è, pertanto, ammesso alcun intervento da parte di altre fonti diverse da quella legislativa e ciò poiché nella sanzione, più che nel precetto, risiederebbe la peculiarità del diritto penale e cioè il suo carattere afflittivo che lo ha tradizionalmente fatto definire quale *ius terribile*. Le attenuanti indefinite finiscono, dunque, col realizzare nei fatti una eterointegrazione della sanzione da parte del giudice. Ciò posto, a nulla pare rilevare né il fatto che la suddetta definizione avvenga rispetto al solo minimo, né che il legislatore nel prevedere l'oscillazione massima in diminuzione concorra a definirne l'«argine ultimo»¹¹⁰. Ebbene, la natura assoluta della riserva di legge rispetto alla sanzione non pare ammettere concettualmente alcuna flessione quanto al minimo. La cornice edittale prevista per ogni fattispecie di reato è, infatti, composta sempre (salvo rare ipotesi) da un minimo ed un massimo, espressivi del tipo disvaloriale e delle esigenze repressive ad esso sottese. Entrambi i termini concorrono, dunque, in modo paritario alla definizione della sanzione e con essa il disvalore della fattispecie di reato. Quanto, poi, alla fissazione nella norma della percentuale di variazione massima (trattandosi di circostanza a variazione di pena proporzionale ed elastica), è d'uopo rilevare che la determinazione giudiziaria del *quantum* di oscillazione da accordare all'elemento circostanziale, combinata con l'indefinitezza del suo contenuto, non appare pienamente conforme alle esigenze

¹¹⁰ Alle possibilità di ridefinizione giudiziaria della cornice edittale per il reato circostanziato.

dettate dalla legalità. L'ampio margine di cui gode il legislatore sia nell'individuare il contenuto della circostanza attenuante indefinita, sia nel definirne il valore (e, quindi, tradurlo nell'incisione quantitativo-numerica), fa sì che la sanzione del reato circostanziato sia riposta quanto alla fissazione del minimo nelle mani del solo giudice e ciò indipendentemente dalla previsione di un limite ultimo legislativamente imposto oltre cui non si può comunque andare¹¹¹. Alla luce delle considerazioni appena svolte, la disposizione appare, dunque, di difficile conciliabilità con il principio di riserva di legge e ciò poiché conferisce un potere incontrollato ed incontrollabile all'organo giudiziario nella scelta del grado di risposta sanzionatoria da attribuire all'illecito, nella totale assenza di qualsiasi parametro capace di guidare l'opera di individuazione di siffatti elementi atipici.

B. Un secondo aspetto particolarmente problematico attiene al rapporto fra le attenuanti indefinite ed il principio di *eguguaglianza del trattamento sanzionatorio*. Il potere valutativo-discrezionale di tipo qualitativo riposto nelle mani del giudice potrebbe, infatti, in assenza di alcun parametro guida portare ad un trattamento differenziato di casi simili se non identici. La genericità dei criteri ai quali riportare la verifica circa la sussistenza e il peso delle circostanze attenuanti indefinite non consegna informazioni univoche sulle modalità con cui determinati fattori, che normalmente rilevano per il calcolo infra-edittale della pena base, possano eccezionalmente valere quali circostanze in senso stretto, sollevando così un problema circa il trattamento riservato da giudici diversi a situazioni analoghe. In tale ottica appare, dunque, evidente che quanto più chiara e precisa è la formulazione della norma e quanto più univoco e rigoroso è il procedimento logico-interpretativo per la sua applicazione al caso concreto, tanto più basso sarà il rischio di disuguaglianza di trattamento di fatti eguali. Quando, invece, l'accertamento della conformità della fattispecie comincia ad essere difficoltoso per indeterminatezza della norma, più alto è il rischio di disuguaglianza di trattamento a causa della mancanza di un parametro sicuro e certo – la fattispecie determinata, appunto – di accertamento della eguaglianza/diversità dei fatti concreti soggetti a giudizio¹¹². Ebbene, per mezzo delle circostanze attenuanti indefinite gli stessi aspetti del fatto o caratteristiche del reo potrebbero essere, infatti, valutate da *un* giudice come meritevoli dell'effetto di extraedittalità e da un *altro*, invece, no. Potrebbe accadere, poi, anche che il medesimo giudice oggi nei confronti di un determinato fatto storico di reato ritenga sussistere

¹¹¹ Si badi bene, le suddette argomentazioni muovono da una considerazione ed analisi della problematica a livello teoretico-astratto e prescindono dalle dinamiche applicative dettate dall'art. 63 c.p. di cui si è ampiamente detto sia nel capitolo primo che nel capitolo secondo. Inoltre, deve notarsi che la mancanza di elasticità, ovvero la variazione proporzionale fissa, ve accordata all'elemento circostanziale indefinito ne aumenterebbe notevolmente le *chance* di compatibilità con il principio di riserva di legge in materia penale. In quest'ultimo caso, infatti, è il legislatore e solo lui ad avere individuato ridefinendolo – nella logica astratta – il minimo edittale. Al giudice residuerebbe una discrezionalità solo nell'individuazione dell'elemento circostanziale proprio e non anche nella sua graduazione numerico-quantitativa.

¹¹² Cfr. in tal senso F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 141 s.; Id, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 262 s.

l'attenuazione e *domani* nei confronti di un caso pressoché identico al precedente, invece, no. Ebbene, a sostegno della necessità di una flessibilizzazione della risposta sanzionatoria si è soliti ritenere che le circostanze attenuanti indefinite permetterebbero una migliore considerazione degli aspetti emergenti dalla fattispecie concreta e dalla personalità del reo, dal momento che fatti di reato e persone identiche non esistono *in rerum natura* e, quindi, la loro presunta esistenza (sottesa alle istanze che leggono il suddetto istituto in sostanziale contrasto con il principio di eguaglianza) altro non sarebbe che una illusione ottica frutto di un anelito dettato da false esigenze di uniformità applicativa e di trattamento¹¹³. Le cose, tuttavia, non appaiono stare in questi termini. L'analisi della prassi giurisprudenziale e della elaborazione dottrinale in materia di attenuanti generiche ci consegna una realtà differente rispetto a quella appena rappresentata, fatta di una certa standardizzazione (in quanto di maggiore diffusione e riconoscimento) degli elementi. Non solo, occorre, inoltre, osservare – e questo è il nodo centrale dell'intera questione – che là dove nel caso simi-

¹¹³ In tal senso fra tutti le lucide osservazioni sviluppate dal Maestro Palazzo secondo cui non deve comunque dimenticarsi che il nesso fra determinatezza ed eguaglianza non è poi così univoco come potrebbe sembrare. La precisazione redazionale della formulazione verbale della norma, il rigore concettuale di una fattispecie incriminatrice, realizzano l'eguaglianza per mezzo del parametro di valutazione delle somiglianze/differenze dei casi concreti costituito appunto dalla fattispecie legale. Un fatto concreto «a» è uguale ad un fatto concreto «a + z» in quanto entrambi conformi alla fattispecie A, essendo il particolare «z» non previsto dalla legge e, dunque, irrilevante. Tuttavia, non sempre è possibile escludere a priori che il particolare di fatto «z» sia “sostanzialmente” rilevante ai fini della valutazione giuridica – evidentemente differenziata – del fatto. Orbene, quando il legislatore si trova nella difficoltà di prevedere a priori nella fattispecie tutta la multiforme congerie di elementi di fatto potenzialmente rilevanti, si rende conto che il loro appiattimento nell'eguaglianza forzata di una fattispecie rigorosamente descritta porterebbe non già all'eguaglianza degli eguali, ma all'eguaglianza dei (sostanzialmente) diversi o alla diseguaglianza degli (sostanzialmente) eguali. Con la conseguenza che preferisce rinunciare alla formulazione di una fattispecie rigorosamente determinata, lasciando piuttosto al giudice la valutazione (sostanziale) dell'eguale o diverso disvalore del fatto storico rispetto a quello tenuto presente dal legislatore. In definitiva, ciò che viene sottolineato è, dunque, che non sempre la determinatezza è strumento davvero efficace di eguaglianza di trattamento, potendo talvolta rivelarsi opportuno o necessario – per le caratteristiche stesse della materia disciplinata, come è ad esempio quella della commisurazione della pena – lasciare al giudice, per mezzo di una norma relativamente indeterminata, la valutazione in concreto dell'eguaglianza/diseguaglianza (sostanziale) dei fatti concreti. Cfr., in tal senso, F. Palazzo, *Introduzione ai principi di diritto penale*, cit., 26 s.; Id, *Corso di diritto penale*, cit., 142. A tale autorevole e ben argomentata impostazione teorica, oltre alle considerazioni critiche che saranno sviluppate nel proseguio del paragrafo, occorre fin da subito obiettare che le esigenze di individualizzazione della pena, foriere di un certo tasso di elasticità della norma, ben sono soddisfatte dalla commisurazione in senso stretto e dalla disciplina codicistica a questa accordata. La possibilità di graduare e differenziare la pena (a seconda del fatto concreto di reato e della personalità del suo autore) da parte del giudice risulta, infatti, già dalla valvola di sicurezza rappresentata dall'art. 133 c.p. Non si comprende, dunque, come tali esigenze possano essere “trapiantate” anche nella diversa fase della commisurazione della pena in senso lato e più precisamente nel momento applicativo delle circostanze proprie. Questa diversa fase della commisurazione appare, infatti, - contrariamente dalla precedente - imperniata sul principio di legalità e sulla rigorosa esigenza di tipizzazione dell'elemento. Ebbene, l'“indefinitezza” – che significa atipicità e conseguente individuazione legislativa dell'elemento - sembra, dunque, contrapporsi irrazionalmente a quanto fin qui detto rispetto alle circostanze proprie e ciò sembra avvenire sulla base di esigenze già prese in considerazione e soddisfatte dall'art. 133 c.p.

le/identico il giudice non conceda le attenuanti indefinite, nei fatti è come se desse vita ed applicazione ad una «aggravante indefinita». Tale osservazione appare piuttosto chiara ove si consideri il fatto che la giurisprudenza, al di là delle affermazioni di principio, continua ad operare come se il sistema ponesse una sorta di «regola» nel senso della diminuzione di pena *ex art. 62 bis c.p.*, salvo poi specificare quando tale attenuazione possa non essere concessa, dando così corpo ad una implicita e surrettizia «aggravante generica», volta esclusivamente a controbilanciare gli effetti dell'attenuante¹¹⁴.

¹¹⁴ Cfr. per tali acute osservazioni in dottrina A. Vallini, voce *Circostanze del reato*, cit., 45; A. Melchionda, *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 793.

Capitolo 4

Legalità e discrezionalità: tensioni di fondo e trasformazioni in atto

1. La discrezionalità penale: premesse definitorie e delimitazione dell'indagine

La tematica che ci proponiamo di affrontare nel presente capitolo attiene ai poteri discrezionali del giudice ed al loro rapporto tensivo con le istanze legalistiche sottese all'omonimo principio che informano (o così dovrebbero) la materia delle circostanze del reato.

L'indagine che ci accingiamo a svolgere prende, dunque, le mosse – altrimenti non potrebbe, infatti, essere – dalla nozione di discrezionalità penale per poi incentrarsi sulle sue diverse articolazioni e modulazioni assunte in relazione ai differenti istituti delle circostanze del reato. Particolare attenzione nella disamina verrà, pertanto, riservata alla *proteiformità* del potere discrezionale nel momento commisurativo della pena ed alla sua tensione con la fissità.

Le suddette dinamiche verranno, infine, lette tenendo sempre presenti le tendenze legislative degli ultimi anni e la prassi giurisprudenziale.

Ebbene, procedendo con ordine occorre innanzitutto cercare di dare una *definizione* della discrezionalità penale, chiarendo immediatamente che la dottrina ne ha date numerose, in un approccio ora «unitario» ora «articolato» in relazione ai diversi momenti del fenomeno (discrezionalità come *potere*, come *attività*, come *atto* in cui si esplica il potere) o in relazione ai singoli istituti di volta in volta presi in esame.

Comunemente, il concetto di discrezionalità è usato per indicare quegli istituti del diritto per i quali la legge non fissa né direttamente né indirettamente i termini della fattispecie e la cui rilevanza viene, quindi, a dipendere in parte o in tutto dalla valutazione espressa dal giudice in relazione al singolo caso concreto.

In altre parole, per usare le parole di un illustre Maestro del diritto penale, «la discrezionalità penale consiste in un fenomeno che permette a certe norme penali sostanziali di completarsi e integrarsi in fase di accertamento alla luce della significatività del caso concreto in base all'indissolubile legame che avvinca la norma penale alla fase del giudizio»¹ Il concetto di discrezionalità si lega, quindi, da una parte all'idea legalitaria di vincolare il giudice alla volontà dell'ordinamento e dall'altra alla necessità di conferirgli lo spazio necessario per esprimersi anche in assenza di una specifica descrizione normativa del fatto rilevante. Si potrebbe, pertanto, riassumere

¹ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, cit., 67 ss.

il suddetto concetto col dire che l'ordinamento penale è servo di due padroni allo stesso modo: la legge e la realtà.

Ciò sinteticamente premesso, dalle molteplici definizioni della discrezionalità penale proposte dalla dottrina emerge, dunque, quale connotato comune il riconoscimento che le ipotesi di discrezionalità si sostanziano in un rinvio da parte della legge al caso concreto.

La discrezionalità del giudice può essere intesa, pertanto, come la "facoltà di libera azione e decisione entro le funzioni e lo scopo del singolo istituto" e la sua essenza è stata brillantemente individuata «nella rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un significato astratto [...] e nel conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di "valore" più idonea a produrre un certo trattamento penale»².

Altrove si afferma, poi, che la discrezionalità sorge da una «varietà infinita di possibili situazioni che meritano specifico apprezzamento, [...] onde si deve lasciare all'organo giurisdizionale il compito di determinare nel caso concreto il pensiero del diritto»³: si tratta del «*potere concesso al giudice di cogliere un significato di valore, cui sono collegate conseguenze giuridiche, senza la mediazione di una fattispecie per attuare la volontà legislativa* [...] preliminarmente individuata attraverso i canoni dell'interpretazione»⁴. Anche da parte di una dottrina per molti versi critica nei confronti delle tradizionali ricostruzioni «unitarie» della discrezionalità, si riconosce, poi, che «l'esame dell'unica ipotesi [...] per la quale si trova nel nostro ordinamento un'espressa regolamentazione rivela [...] l'esigenza di non trascurare [...] (il) contenuto peculiare del singolo episodio criminoso e la conseguente necessità di affidarsi alla valutazione del giudice perché realizzi una "giustizia individualizzante"»⁵.

Sempre in via preliminare in ordine al concetto di discrezionalità penale, occorre rilevare che le difficoltà definitorie da sempre riscontrate nascono, in primo luogo, dalla natura sfuggente che caratterizza lo stesso concetto di discrezionalità⁶ ed in secondo luogo, per quanto più specificamente interessa il penalista, dalla triplice necessità di distinguere: a) la discrezionalità penale come "scelta obbligata" dalla di-

² A. R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 56.

³ S. Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1948, 83.

⁴ A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza fra le circostanze*, cit., 191.

⁵ A. R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 56.

⁶ In generale M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 73; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1099; P. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; T. Delogu, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 370 ss.; S. Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit.; P. Nuvolone, *Il sistema*, cit., 48; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 14 ss.; E. Dolcini, voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 744; Id., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci G., Dolcini E., Milano, 261 ss. In Germania la letteratura è vastissima tra cultori di diritto amministrativo, penale e teorici generali; utili punti di riferimento sono Drost, *Das Ermessen des Strafrichters*, Berlin, 1930; Warda, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn-München, 1962; Thelen, *Das Tatbestandsermessen des Strafrichters*, München, 1967, 5 ss.

screzionalità quale “opzione facoltativa” (come tale espressamente voluta dal legislatore); b) la discrezionalità penale dall’arbitrio giudiziario; ed, infine, c) la discrezionalità inerente alla fattispecie (*Tatbestandsermessen*) da quella inerente alle conseguenze penali (*Rechtsfolgenermessen*). E ciò allo scopo di superare il contrasto, avvertito intensamente, fra discrezionalità e principio di legalità.

Ciò nondimeno, sulla scorta di un approfondito studio italiano sull’argomento, sembra possibile caratterizzare il fenomeno della discrezionalità penale, sotto il duplice profilo della formulazione delle norme che lo prevedono e dell’attività per l’applicazione di quest’ultime⁷.

Procedendo con ordine nella analisi dei suddetti nodi problematici, quanto al primo profilo richiamato *sub a)* è d’uopo osservare che in dottrina si è pressoché unanimamente cercato di ancorare l’idea di potere discrezionale - e, quindi, l’apertura della norma alla valutazione del giudice con conseguente, sotto il profilo strutturale, assenza di tipicizzazione - alla *impossibilità* per il legislatore di fissare in astratto una serie di significati che solo il caso concreto nella sua specifica individualità può rilevare⁸. Si osserva in tal senso che il legislatore si troverebbe in taluni casi nella obiettiva impossibilità di formulare una fattispecie astratta, risultando così «obbligato» alla creazione di una norma discrezionale⁹. Ebbene, tali argomentazioni non appaiono, ad una attenta analisi, corrette e ciò poiché da un lato, sono animate e condizionate da una riflessione incentrata su di un solo istituto (e cioè sulle circostanze attenuanti indefinite) - non tenendo in debita considerazione le molteplici norme che si caratterizzano nei suddetti termini - dall’altro lato, sembrano vivificate dall’esigenza logica di fondo secondo cui la legalità in materia penale è intangibile perché, qui, tutto informa e tutto deve informare. Una sua flessione sarebbe, pertanto, ammissibile solo nei limiti della stretta necessità ed indispensabilità e non come il frutto di una scelta opzionale. Ciò precisato, a nostro avviso la contrapposizione logica fra potere discrezionale quale frutto di una concessione obbligata o di una scelta valutativo-facoltativa appare profondamente errata ed inconcludente. E’, infatti, innegabile che il nostro ordinamento sia ricco di istituti che per scelta e non per obbligo sono stati configurati dal legislatore in modo da attribuire al giudice un certo (più o meno ampio) tasso di discrezionalità nella loro applicazione e gestione. Basti porre mente, ad esempio e per restare nel tema delle circostanze del reato, alla disciplina dettata per il concorso omogeneo (*ex art. 63.4 c.p.*) ed eterogeneo (*ex art. 69 c.p.*) di circostanze proprie. In questi casi nessuna scelta obbligata sembra aver costretto il legislatore a configurare gli istituti *de quibus* nei suddetti termini, ma risultano queste opzioni “volute”, sebbene più o meno ben valutate nella loro razionalità e compatibilità con l’assetto ordinamentale. Dunque, più che parlare di potere discrezionale riconosciuto in maniera obbligata - solo quando non si potrebbe, cioè, fare altrimenti-

⁷ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, cit., 73 ss.

⁸ A. R. Latagliata, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 347 ss.

⁹ Cfr. in tal senso, fra tutti, M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 80 ss.

ti - o quale scelta di sistema, è opportuno osservare che la discrezionalità risulta una vera e propria *esigenza* del sistema penale. Ciò poiché il principio di legalità, pur rappresentando la migliore garanzia contro ogni forma di abuso, se visto in un senso «assoluto» rischia di degenerare in una casistica esasperata che inevitabilmente non riesce a rispondere alle esigenze delle moderne società civili in continua evoluzione. Il diritto rischierebbe, quindi, di perdere quella funzione di “valvola respiratoria dei valori sociali” che rappresenta una funzione primaria dello stesso. Si può, pertanto, dire che il vero pericolo per quel principio fondamentale perseguito dall’ordinamento consistente nella certezza del diritto, non è riconoscere un margine di discrezionalità nel processo di interpretazione del processo penale, bensì è pensare di poter stabilire e predeterminare tutto con la massima certezza¹⁰.

Ciò chiarito, occorre ora procedere all’analisi del secondo profilo problematico, sopra evidenziato *sub b)*, e cioè al rapporto fra discrezionalità e *arbitrium iudicis*. Occorre fin da subito osservare che, sebbene la questione in esame abbia appassionato ed animato da sempre i più autorevoli studiosi delle circostanze del reato e più in generale della commisurazione della pena, anche questa questione appare piuttosto inconcludente ove condotta in maniera rigida sulle due diverse ed antitetiche posizioni e, comunque, non sempre bene impostata. La definizione sopra data in ordine al potere discrezionale ha, infatti, aperto la discussione fra coloro che ravvisano il carattere *libero* o *vincolato* dei poteri del giudice, cui corrisponderebbe, appunto, una discrezionalità “libera” (e cioè una attività arbitraria) od una “vincolata”. Sebbene in un primo momento attestatasi su posizioni differenti, la dottrina maggioritaria e più autorevole a partire dalla fine degli anni trenta del novecento si è affannata nel ricercare i limiti al potere discrezionale del giudice. Muovendo dalla convinzione che il suo esercizio esige in uno stato sociale di diritto la fissazione di limiti chiari ed univoci in rapporto al soddisfacimento di imprescindibili esigenze di legalità e di certezza del diritto, si è, pertanto, giunti a concepire la discrezionalità come una attività vincolata¹¹. Si è poi soliti distinguere fra limiti *interni* ed *esterni*: i primi scaturirebbero dalla ragione stessa del potere discrezionale, consistente «nell’insanabile contrasto tra il principio della individualizzazione della pena e la impostazione di soluzioni generalizzanti», mentre gli altri risulterebbero «da tutte quelle norme che chiaramente circoscrivono il potere discrezionale»¹². L’attenzione della dottrina si è con-

¹⁰ A. Abbagnano Trione, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008.

¹¹ G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell’applicazione della pena*, Milano, 1939, 35 ss.; T. Delogu, *Potere discrezionale del giudice penale e diritto penale*, cit., 374 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 440; F. Mantovani, *Manuale di diritto penale*, cit., 705; P. Nuvolone, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Stellung und Aufgabe des Richters im Modernen Strafrecht*, Mélanges O. A. Germann, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1959, 223; G. Vassali, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, cit., 742.

¹² Cfr. in tal senso T. Delogu, *Potere discrezionale del giudice penale e diritto penale*, cit., 377 s. Relativamente a questi ultimi va, poi, segnalata la posizione di chi esclude la presenza di vincoli per il giudice. «Non è possibile – si osserva – vincolare il giudizio di discrezionalità ad indici normativamente fissati, perché la valutazione che il giudice compie “non discende dall’esistenza di una norma a fattispecie definita, la cui verifica nel fatto determini automaticamente la produzione di un dato effetto giuridico,

centrata principalmente su questo secondo profilo (c.d. limiti *esterni* alla discrezionalità penale) ed in particolare ha valorizzato gli artt. 132 ss. c.p., sebbene con risultati diversissimi e a volte anche di segno opposto. Più precisamente, si è visto nell'art. 133 c.p. il "criterio di sicurezza", «il decisivo punto di orientamento nel delicato compito che spetta al giudice nell'applicazione della pena»¹³, al quale fare riferimento per *tutte* le ipotesi discrezionali. Pur tuttavia, si deve osservare che il suddetto tentativo appare del tutto inefficace, dal momento che in questa norma è in realtà contenuto *ogni* elemento di valutazione relativo al fatto ed al soggetto, capace di influire sulla scelta e sulla graduazione della pena da applicare per la commissione di un solo reato¹⁴. Si è più precisamente sul punto osservato che l'art. 133 c.p. è in realtà inidoneo ad operare come vincolo per il giudice nell'esercizio del potere discrezionale a causa del silenzio della norma sulle finalità della pena¹⁵. A ben vedere, poi, anche l'interpretazione della suddetta disposizione alla luce della Costituzione e, segnatamente, in termini di rieducazione del condannato e di responsabilità per fatto proprio colpevole se può contribuire a formare un quadro di orientamento sufficientemente chiaro e, comunque, idoneo a sottrarre l'opera di commisurazione della pena dal pericolo di sconfinamenti nell'arbitrio, non riesce a superare quelle critiche che hanno evidenziato l'equivocità dell'impianto normativo. L'art. 133 c.p., infatti, si limita ad indicare tassativamente una serie di criteri relativi alla gravità del reato ed alla capacità a delinquere del soggetto, senza fornire al giudice i parametri «finalistici» di valutazione¹⁶. La mancata individuazione delle finalità in base alle quali viene attribuito al giudice il potere discrezionale nella commisurazione della pena determina, a sua volta, «contraddizioni o aporie»¹⁷ non facilmente ricomprimibili. Ebbene, per la dottrina maggioritaria, dunque, quello del potere discrezionale del giudice diviene un problema ed un gioco di limiti, più o meno chiari e stringenti. Le argomentazioni sopra ripercorse appaiono, tuttavia, peccare in quanto in definitiva incapaci di spiegare razionalmente il fenomeno cercandolo di contenere. L'ineffettività delle elaborazioni teoriche *de quibus* e la loro conseguente falsa rassicuratorietà, si evince in maniera lampante non solo dalla vaghezza delle argomentazioni a loro sostegno, ma anche – e soprattutto – dalla analisi della prassi giurisprudenziale. L'esame della giurisprudenza conduce, infatti, ad affermare una sostanziale libertà del giudice nell'esercizio del potere discrezionale di volta in volta affidatogli. Come è stato da più parti rilevato, i giudici specie nella determinazione della pena in concreto e nella concessione dei benefici connessi alla condanna esercitano una discrezio-

ma deve essere apprezzata volta per volta nella concretezza della situazione»». Cfr. in tal senso A. R. La-tagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 54.

¹³ Cfr., in tal senso, G. Bettiol, *Attenuanti generiche e art. 133*, cit., 41.

¹⁴ Cfr. M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit., 80; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. 79, i quali per primi sottolineano l'onnicomprendività dell'art. 133 c.p. e, più precisamente, dell'elencazione ivi contenuta.

¹⁵ E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, cit., 34.

¹⁶ F. Mantovani, *Manuale di diritto penale*, cit., 587.

¹⁷ E. Morselli, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1351.

nalità quasi incontrollata. Infatti, la tendenza giurisprudenziale ad irrogare la pena nel minimo edittale ed a concedere frequentemente i benefici previsti dagli artt. 164 e 175 c.p. si è affermata in questi anni senza una effettiva indagine circa la presenza delle condizioni previste dalla legge¹⁸. L'uso ormai generalizzato di clausole di stile come "stimasi equo", "pena congrua", "pena adeguata" ecc. ha, inoltre, contribuito a svuotare di contenuto la motivazione della sentenza. La stessa Corte di Cassazione ha finito in definitiva con l'avallare l'utilizzazione di tali "sintetiche" formule, sufficienti - a suo dire - ad escludere la degenerazione del potere discrezionale nell'arbitrio¹⁹. Si aggiunga, inoltre, che in numerose decisioni dei giudici di legittimità si sostiene che non vi sia un obbligo di specifica motivazione nel caso in cui la pena inflitta sia contenuta nel minimo edittale o sia stata stabilita in una entità di poco superiore ad esso²⁰ e, in questa direzione, si rinvencono anche delle pronunce nelle quali si stabilisce che il giudice non è obbligato a motivare la propria scelta, allorché si attenga al criterio della medialità²¹. Ciò chiarito, quello dei limiti risulta un problema sì esistente (sebbene volutamente ignorato dalla giurisprudenza) ma male impostato dalla dottrina, cosicché le teoriche finora elaborate non hanno trovato appiglio. A nostro avviso occorre, al fine di acquistare credibilità e seguito anche applicativo, abbandonare pretese solutorie generalizzanti ed espressioni prive di una concreta verificabilità e riscontrabilità empirica e ricondurre lo studio della attività valutativo-discrezionale del giudice su di un piano "più umile" e cioè sulle singole norme ed istituti, alla ricerca del loro specifico *scopo e funzione*. Lo «scopo» della norma e la sua «funzione» (così come letta e coordinata nell'alveo normativo in cui si inserisce) risultano, dunque, costituire il vero punto di orientamento nell'esercizio della discrezionalità. Conseguentemente, l'attività discrezionale del giudice pare consistere sostanzialmente in un giudizio di conformità allo scopo dell'applicazione della conseguenza giuridica alla fattispecie concreta effettuato utilizzando le c.d. massime di esperienza o conoscenze tecniche più o meno specializzate. Certamente, anche in una consimile attività sono presenti valutazioni dei fatti, ma queste sono come riasorbite nel giudizio di conformità allo scopo, sul quale l'organo superiore potrà esercitare il proprio sindacato solo se autorizzato al riesame anche del merito.

Terzo ed ultimo nodo problematico, messo sopra in evidenza *sub c)*, attiene alla distinzione fra *Tatbestandsermessen* e *Rechtsfolgenermessen*. La questione, a lungo dibattuta²², sembra oggi registrare una tendenza maggioritaria nel senso di ammette-

¹⁸ Cfr., in tal senso, l'ottimo e completo lavoro di P. A. Sirena, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in AA. VV., *Problemi generali e diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli G., Milano, 1980, 415 ss.

¹⁹ V., fra tutti, Cass. pen., Sez. II, 15 febbraio 1983, Marovic, in *dejure*.

²⁰ Tra le più diffusamente argomentate decisioni della Cassazione sul punto v. Cass. pen., Sez. II, 14 novembre 1984, Pagano, in *dejure*.

²¹ Cfr. in tal senso, fra tutte, Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 1986, Ronza, in *dejure*.

²² V., in tal senso, nella letteratura tedesca Engisch K., *Karl Peters und der Ermessensbegriff*, in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für K. Peters, Tübingen, 1974, 37 ss.; Frisch, *Ermessen*, cit., 1345.

re la differenza tra i due fenomeni²³. Più precisamente, mentre la seconda consisterebbe nel potere di adeguare la conseguenza al caso concreto, la discrezionalità inerente alla fattispecie sarebbe il risultato della sua formulazione indeterminata. Così argomentando si rischia, tuttavia, di sovrapporre due concetti radicalmente differenti: *attività interpretativa* e *attività discrezionale*. Ebbene, l'elemento discretivo che emerge dalla dottrina con maggior evidenza consiste nell'affermare che, mentre la discrezionalità è sinonimo di assenza nella norma di ogni determinazione dell'oggetto della valutazione anche in forma indiretta, l'attività interpretativa al contrario presuppone la fissazione normativa di un concetto o di un valore da parte del legislatore almeno in forma indiretta, così da fornire al destinatario del precetto e al giudice i criteri per una corretta applicazione al caso concreto. Si passa, quindi, dall'attività ermeneutica a quella discrezionale nel momento in cui è possibile ricavare il significato della fattispecie solo da una concreta situazione rispetto alla quale il giudice non dispone delle regole per il procedimento interpretativo ed è, quindi, costretto a porre lui stesso la regola per il caso singolo attraverso una attività di tipo valutativo²⁴. Il concetto di «norma discrezionale» non coincide, dunque, con quello di «norma indeterminata», ma si caratterizza, a differenza della seconda, per l'assenza di predeterminazione legislativa della fattispecie astratta. Nella fattispecie indeterminata esiste pur sempre, infatti, un punto di riferimento, un parametro valutativo, anche se imperfetto ed impreciso, nella legge astratta. Viceversa, di fronte alla norma discrezionale il giudice si troverebbe costretto per così dire ad affidarsi solo a se stesso, impegnato a cogliere il valore significativo del fatto concreto senza poter «contare» sull'aiuto della legge ma solo attraverso quel procedimento che è stato definito di «interpretazione del fatto»²⁵. Orbene, il fatto che nella norma discrezionale sia dato trovare espressamente solo l'indicazione della conseguenza giuridica e manchi, invece, del tutto un qualsiasi *criterium individuacionis* dei fatti significativi cui ricollegare detta conseguenza, così che chi applica la norma discrezionale ha a propria disposizione solamente un dato inespresso dalla legge e cioè lo scopo della norma o la funzione dell'istituto, certamente attribuisce un carattere fortemente indeterminato alla

²³ Cfr., ad esempio, Class, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, 132.

²⁴ Nello stesso senso si esprime anche Bricola, nella sua opera monografica, quando sostiene che l'elemento discretivo tra attività discrezionale ed attività ermeneutica consiste nel fatto che quest'ultima, a differenza della prima, presuppone la fissazione normativa di un concetto o di un valore, anche se solo in forma indiretta. F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 190 ss. Una ulteriore autorevole dottrina sostiene tale distinzione estendendola però non solo alla interpretazione, ma anche ai c.d. concetti elastici. In particolare si ritiene che in questi casi non si possa parlare di potere discrezionale del giudice in quanto nei loro confronti la soluzione possibile è «una e una sola». Si ha, invece, potere discrezionale solo in quei casi in cui «la legge ad esso ha fatto ricorso perché non poteva adottare soluzioni generalizzanti». In questo senso, quindi, il potere discrezionale del giudice si articolerebbe in tutte quelle possibilità di scelta che la legge consente al giudice relativamente alla pena. Cfr. T. Delogu, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 369 ss., il quale riporta il pensiero di Mortati sul punto.

²⁵ Sul concetto di interpretazione del fatto in generale, cfr. M. Paresce, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 205; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 22 s.

applicazione della norma discrezionale, determinandone una relazione decisamente problematica col principio di legalità. Per contro, la fattispecie contenente elementi valutativi, pur essendo relativamente indeterminata, in quanto i dati di fatto non sono indicati direttamente attraverso espressioni che consentono di individuarli nei loro tratti naturalistici-sensibili, conterrà pur sempre un'espressione linguistica indicante il "contenuto significativo" che i dati di fatto debbono presentare per essere conformi alla fattispecie astratta, conterrà pur sempre cioè un *criterium individuationis* dei fatti rilevanti. Ebbene, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, occorre precisare che la distinzione fra discrezionalità inerente alla fattispecie e discrezionalità inerente alle conseguenze penali è in realtà a nostro avviso impropria, poiché l'*Ermessen* relativo alle conseguenze si traduce sostanzialmente in una forma di accertamento discrezionale dei presupposti delle stesse²⁶. La discrezionalità concernente la determinazione della misura della pena deriva dalla mancanza di tante fattispecie corrispondenti a quante sono le possibili misure di pena comprese tra i limiti edittali; così come la discrezionalità relativa alla scelta tra applicare o non applicare una determinata conseguenza deriva dall'assenza di una fattispecie astratta cui collegare la detta conseguenza.

2. Teorie «unitarie» Vs teorie «parcellizzate». Alla ricerca del fondamento sostanziale del potere discrezionale in materia penale

Analizzata nelle sue linee essenziali la nozione di discrezionalità penale ed affrontati i principali nuclei problematici del tema, occorre evidenziare come dalle molteplici definizioni proposte è comunque possibile identificare un connotato comune: il riconoscimento che le ipotesi di discrezionalità si sostanziano in un rinvio da parte della legge al caso concreto e che la loro essenza va identificata in una rinuncia da parte del legislatore ad esprimere "un significato astratto". Quest'ultimo, infatti, data la peculiarità dell'oggetto di valutazione, effettua un rinvio al giudice affinché sia lui, attraverso una attività prevalentemente valutativa, ad individuare la regola da applicare al caso concreto²⁷.

Al di là di questo nucleo comune, il concetto di discrezionalità è però oggetto di studi che divergono tra loro. In particolare si possono distinguere nettamente due macro gruppi: teorie «unitarie» e teorie «parcellizzate».

Il primo gruppo di teorie, numericamente maggioritario, si caratterizza – al di là delle diverse argomentazioni che lo compongono – per la pretesa di elaborare una nozione di discrezionalità a carattere *generale*, come tale valida per ogni istituto dell'ordinamento in tal senso caratterizzato. Più precisamente, dunque, quello del potere discrezionale sarebbe un fenomeno unitario del diritto penale sostanziale e

²⁶ F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., 202; similmente A. Pagliaro, voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1052; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 21.

²⁷ A. Abbagnano, L. Trione, *I confini mobili della discrezionalità penale*, cit., 70 ss.; E. Dolcini, voce *Potere discrezionale*, cit., 747; R. Saturnino, voce *Discrezionalità. Diritto penale*, cit., 2 s.

processuale, caratterizzato nelle sue singole forme di manifestazione da una identità di regole e di principi, per cui tutti gli istituti concepiti nella forma della discrezionalità dovrebbero potersi ricondurre ad un tipo unico e generale di regolamentazione giuridica²⁸. Sicuramente animato da una idea semplificatoria, chiarificatoria e per certi aspetti di rassicurante efficacia ordinante, il suddetto orientamento è andato, tuttavia, incontro a fatali critiche. La più consistente e decisiva appare quella secondo cui così argomentando si realizzerebbe una artificiosa ed irrealistica omogeneizzazione fra istituti anche profondamente differenti. Per rendersi conto di quanto appena detto basti pensare alla profonda differenza che intercorre fra la discrezionalità sottesa alle circostanze indipendenti od autonome ed il giudizio valutativo-qualitativo che anima il concorso eterogeneo.

Ciò considerato, si è andato sviluppando un secondo gruppo di teorie (c.d. *parcellizzate*) – ancora, peraltro, scarsamente approfondito – secondo cui il potere discrezionale deve essere letto e valutato in relazione ad ogni singolo istituto (che presenti, ovviamente al suo interno spazi valutativo-discrezionali) e alla luce della loro *ratio* e funzione. Ogni ragionamento discrezionale deve essere, dunque, autonomo per ogni istituto, deve seguire la finalità propria di questo e non ancorarsi ad un unico tipo²⁹.

²⁸ Ripercorrendo sinteticamente le teorie più accreditate ed autorevoli sul punto, occorre prendere le mosse da quella concezione teorica secondo la quale tutte le ipotesi di discrezionalità contemplate nel nostro ordinamento si individuano in base ad un connotato di «indeterminatezza normativa». Si distinguerebbe il caso in cui la norma pone il giudice di fronte ad una indagine di mero accertamento, dal caso in cui, invece, pone il giudice nel dovere di fare prima un apprezzamento, un'opera di valutazione. Muovendo da tali premesse, si è finito con l'identificare lo studio della discrezionalità penale con lo studio degli elementi indeterminati della fattispecie. Cfr. in tal senso S. Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. 73. Secondo una diversa concezione, invece, non ogni indeterminatezza ma soltanto una «indeterminatezza intenzionale» della fattispecie integrerebbe un'ipotesi di discrezionalità: «si avrebbe pertanto una ipotesi di discrezionalità tutte le volte in cui uno schema normativo incompleto, individuante un comportamento giuridicamente doveroso, appartenente alla sfera degli atti normativi, postuli un processo di etero-integrazione, nel quale l'elemento estraneo è dato dall'attività raziocinante del destinatario del precetto». Cfr., per tale posizione, F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit.; E. Dolcini, voce *Potere discrezionale*, cit. 744 ss. Il giudice interverrebbe, quindi, con il proprio potere discrezionale ad integrare il vuoto normativo volutamente lasciato dal giudice, secondo una operazione che lo stesso Cordero definisce di «etero-integrazione a formazione progressiva della fattispecie». Altra autorevole dottrina critica, invece, questi studi. Il loro vizio di fondo consisterebbe nella convinzione di muovere la propria indagine da un dato formale (l'incompletezza della norma), mentre è dall'art. 133 c.p. che bisognerebbe partire per cogliere il nucleo essenziale della discrezionalità in quanto questo sarebbe l'unico dato espresso in tal senso esistente nel nostro ordinamento. Tale articolo, infatti, data la sua onnicomprensività rappresenta il frutto dell'impossibilità del legislatore di fissare in forma astratta i diversi significati di valore e disvalore del fatto e di conseguenza bisognerà andare alla ricerca degli altri istituti che rivestono i medesimi connotati. Cfr. in tal senso F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 82 ss.; M. Massa, *Le attenuanti generiche*, cit. Così delineata, per usare le parole del Bricola, «la discrezionalità viene a coincidere con l'*equitas* come giudizio del caso concreto, posto che solo quest'ultimo è in grado di esprimere la significatività di valore che condiziona un certo trattamento giuridico-penale».

²⁹ Cfr., in tal senso, A. R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., 80 ss.

A conclusione delle riflessioni fin qui svolte si impongono alcune considerazioni in ordine al fondamento sostanziale del potere discrezionale che si estrinseca nella commisurazione della pena. La fase commisurativa rappresenta, infatti, il “banco di prova” della discrezionalità penale ed il terreno privilegiato per la sua investigazione.

Ebbene, risulta ormai pacifica in dottrina una concezione della discrezionalità che la vede come elemento caratterizzante ed insopprimibile del momento commisurativo della sanzione penale. Nel processo di individuazione della pena, infatti, il legislatore dopo aver “rinchiuso” il disvalore del fatto all’interno di una cornice editale predeterminata, rinvia inevitabilmente al giudice affinché sia lui ad individuare, all’interno della suddetta forbice, la pena più adeguata alle peculiarità del caso concreto. In questo senso si potrebbe parlare, come affermava il Cordero, di una «etero-integrazione della norma a formazione progressiva». Il legislatore predetermina fino a dove gli è possibile, evitando naturalmente un legalismo di carattere assoluto che, come tale, non permetterebbe pene adeguate alla realtà concreta; dopodiché rinvia al giudice affinché porti a completamento il processo commisurativo.

All’interno dei limiti editali l’interprete ha, pertanto, un potere discrezionale dettato da esigenze fondamentali, legate alla congruità della pena e che trovano il loro fondamento principale nella Carta Costituzionale. E’, infatti, nella Carta fondamentale che va ricercata la ragione giustificativa della presenza nel nostro ordinamento - e più precisamente nel momento commisurativo - del potere discrezionale. In questo senso rilevano il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), il principio di legalità penale (art. 25.2 Cost.), il principio di rieducazione della pena (articolo 27.3 Cost.), ed, infine, quello di proporzione (anch’esso implicitamente ravvisto nell’art. 3 e 27 Cost.).

Ebbene, quanto al fondamento sostanziale di rango costituzionale della discrezionalità penale nella fase della commisurazione della pena, si è soliti rilevare che il potere discrezionale risponderebbe *in primis* ad uno dei maggiori bisogni dell’uomo contemporaneo, ovvero quello di eguaglianza, che richiede non solo trattamenti eguali per ipotesi eguali, ma anche trattamenti distinti per casi distinti: il tutto in un’ottica di evidente esigenza di giustizia sostanziale. Allo stesso modo si deve, tuttavia, evidenziare come sia assolutamente necessario evitare eventuali “derive” del fenomeno della discrezionalità, rinvenibili in arbitrii più o meno inconsapevoli, che a loro volta possono violare lo stesso bisogno di eguaglianza.

Si è, quindi, alla costante ricerca di *equilibrio* a livello costituzionale tra il bisogno di certezza formale e quello di giustizia sostanziale che la discrezionalità penale cerca - a suo modo e in relazione ai singoli diversi istituti - di realizzare.

La dottrina maggioritaria³⁰, sempre con l’intento di evidenziare il fondamento costituzionale sotteso alla discrezionalità penale, ha, poi evidenziato come sia ormai piuttosto pacifica l’incostituzionalità della pena fissa, dato l’evidente contrasto con il principio di eguaglianza nella sua accezione estensiva (va differenziato ciò che è ra-

³⁰ Cfr. fra tutti F. Bricola, *Potere discrezionale del giudice nell’applicazione della sanzione criminale*, cit., 463 ss.

gionevolmente differenziabile) ed, inoltre, come dal rapporto tra il principio di legalità penale e quello di rieducazione della pena discenda la convinzione che un “certo” margine di elasticità nella durata edittale della pena sia non solo legittimo, ma addirittura costituzionalmente imposto. Tale presupposto emerge con forza nel momento in cui si evidenzia come un programma di risocializzazione, per essere efficace, debba necessariamente permettere al giudice di relativizzare la pena, per specie e quantità, in ragione della personalità dell’agente (rispondendo così anche a quel “ragionevole motivo di differenziazione” di cui è espressione il principio di uguaglianza). In ogni caso, però, un limite non può essere superato: il margine di elasticità³¹ che il legislatore deve riconoscere al giudice deve essere costantemente relazionato alla gamma di fattispecie concrete e alla tipologia soggettiva rapportabile alla significatività astratta del *Tatbestand*³².

Una volta identificato il concetto di discrezionalità penale nella sua dimensione prettamente commisurativa, dobbiamo passare però a verificare se le medesime esigenze e i medesimi presupposti sono riscontrabili in un istituto del nostro ordinamento che proprio nel momento commisurativo vede emergere le proprie peculiarità: ci riferiamo evidentemente al sistema delle circostanze del reato. E’ questa una problematica poco considerata dalla dottrina, ma che riveste una importanza fondamentale data la grandissima incidenza che tali istituti hanno sulla cornice edittale fissata dal legislatore e, quindi, sul processo commisurativo nel suo complesso.

3. Le circostanze del reato quale “regno” della discrezionalità giudiziaria e le tensioni con le istanze legalistiche

Il sistema delle circostanze del reato, incidendo sul processo di commisurazione della pena, presenta delle peculiarità che hanno inevitabilmente delle ripercussioni anche sul concetto di discrezionalità così come descritto nei paragrafi precedenti.

Ebbene, come più volte precisato, gli elementi caratterizzanti le circostanze proprie sono principalmente due: la loro tipicizzazione ad opera del legislatore e l’efficacia *extra*-edittale che permette loro di incidere, superandoli, sui limiti edittali stabiliti dal legislatore, dando luogo al così detto “effetto sfondamento”. Mentre la prima caratteristica richiamata deve essere considerata come il frutto di preminenti istanze legalistiche, tese a limitare il potere discrezionale del giudice; il secondo elemento identificativo appare sicuramente più problematico sotto il profilo della funzionalità. Come, infatti, già ampiamente affermato nel paragrafo primo, il legislatore attraverso l’indicazione dei limiti edittali determina, sia pure dentro una cornice, il disvalore sotteso al fatto di reato all’interno del quale il giudice, nella fase di commisurazione della pena in senso stretto, deve individuare la pena base. Nel momento in cui però si attribuisce alle circostanze proprie il potere di “rompere” tali limiti, sia

³¹ A cui in maniera occulta in precedenza si è accompagnato il termine “certo”.

³² Cfr. F. Bricola, *Potere discrezionale del giudice nella applicazione della sanzione criminale*, cit. 464.

pure entro misure in precedenza (specificamente o in via generale-sussidiaria) definite³³, è evidente che si va a recuperare modificando anche quel disvalore inizialmente indicato dal legislatore. Tale nuovo assetto valoriale, ridefinito dal giudice, diventa, dunque, espressione di una nuova fattispecie penale, che prende, appunto, il nome di fattispecie circostanziata. Risulta, quindi, evidente che in questo caso al potere discrezionale del giudice è concesso “qualcosa in più” rispetto agli altri istituti che vengono in gioco nel momento commisurativo latamente inteso ed allo stesso modo non può non risentirne la stessa discrezionalità.

In questo senso ci sentiamo di poter affermare che all'interno del sistema delle circostanze proprie emergono due diverse articolazioni tipologiche del concetto di discrezionalità: una discrezionalità di tipo «quantitativo» ed una di tipo «qualitativo»³⁴.

Mentre la prima accezione è di carattere essenzialmente “misurativo”, in quanto si traduce in un giudizio valutativo sul *quantum* della pena da irrogare al reo, la seconda richiede, invece, al giudice una attività più “impegnativa” ed appunto qualitativamente diversa, sottesa alla quale sussiste un tasso di discrezionalità più elevato o comunque sia differente in quanto incidente non più sul *quantum* della pena bensì sull'*an* della applicazione del singolo istituto.

Queste due accezioni in ogni caso non sono in contrapposizione fra loro, né in rapporto alternativo. Possono, infatti, sussistere sia autonomamente, sia convivere nelle diverse tipologie di circostanze e nei diversi istituti che regolano la materia. E' così evidente che gli istituti o categorie di circostanze caratterizzate dalla coesistenza di entrambe le tipologie di discrezionalità permetteranno una valorizzazione maggiore delle istanze volte a corroborare il potere del giudice nella commisurazione della pena. Viceversa, la discrezionalità sarà meno accentuata rispetto a quegli istituti in cui è solo o *qualitativa* o *quantitativa* ed in particolar modo in questa ultima ipotesi.

Dopo aver evidenziato che l'istanza di natura discrezionale emerge con prepotenza nel sistema delle circostanze proprie, deve essere, comunque, ricordato come, sotteso al medesimo sistema, vi sia anche una forte istanza legalistica, la quale acquista evidenza massima nel requisito di tipicizzazione delle circostanze stesse, nonché nella variazione di pena in misura fissa. Le circostanze proprie, infatti, sono state introdotte da parte del legislatore con sempre maggior frequenza, proprio con la finalità di limitare il potere discrezionale del giudice inscindibilmente legato alla applicazione delle circostanze. Il loro requisito di tipicizzazione è, dunque, il più evidente “successo” del legalismo sotteso alla materia.

All'interno di questa vasta ed articolata compagine di istituti è, dunque, possibile distinguere momenti di elevata discrezionalità sia *quantitativa* sia *qualitativa*, da momenti di massima incisione legalitaria. Appare, pertanto, quello della commisurazione della pena un sistema strutturato in modo da permettere alle due esigenze

³³ Muovendosi sempre all'interno dell'ambito tipologico-valoriale della fattispecie semplice.

³⁴ Tratteremo diffusamente di tali aspetti nel proseguio del capitolo.

sottese ed in tensione logica fra loro di coesistere: da una parte le istanze legalistiche, tese ad evitare il formarsi di un potere smisurato in capo al giudice, e dall'altra parte la necessità di garantire un certo margine di discrezionalità all'interprete in quanto l'unico soggetto questo in grado di adeguare la pena al caso concreto e rispondere così alle esigenze individualizzatrici del trattamento sanzionatorio. Ciò che acquista, poi, particolare interesse è che i singoli istituti manifestano una diversa modulazione del rapporto tensivo fra legalità e discrezionalità, riconoscendo preminenza talvolta all'una, talvolta all'altra istanza. In buona sostanza, i singoli istituti presentano una diversa caratterizzazione nel senso della accentuazione o della diminuzione della legalità o della discrezionalità, tenendo sempre presente che propendere verso le istanze legalistiche significa introdurre automatismi e andare così verso una commisurazione legale della pena; accentuare, viceversa, la discrezionalità implica una maggiore flessibilizzazione della risposta sanzionatoria rispetto al caso concreto *hic et nunc* posto in essere e la propensione verso una commisurazione giudiziale della pena. Sarà, pertanto, nostra premura analizzare i singoli istituti secondo un criterio crescente degli spazi riconosciuti alla discrezionalità e cioè da quelle che realizzano una maggiore/assoluta preminenza del legalismo nella commisurazione della pena a quelle che, invece, esaltano pressoché totalmente il ruolo e l'opera del giudice.

Prima di procedere in tal senso e cioè alla analisi dei diversi istituti delle circostanze del reato, descrivendone il contenuto, la funzione e come vengono in essi concretamente composte le istanze legalistiche e quelle discrezionali occorre, tuttavia, effettuare alcune precisazioni di carattere generale: sui diversi modelli di composizione del rapporto tensivo fra legalità e discrezionalità; sulla evoluzione legislativa che nel nostro ordinamento ha portato ad accentuare a dismisura il potere discrezionale del giudice così da potersi definire – ancora oggi – quello delle circostanze il “regno” della discrezionalità; sui connotati caratterizzanti la discrezionalità nelle circostanze proprie.

Procedendo con ordine nella suddetta disamina, occorre osservare che gli ordinamenti statuali possono tenere in differente considerazione le esigenze legalistiche e quelle sottese alla discrezionalità entrambe presenti nel momento della commisurazione della pena. Si badi bene che l'analisi ed il riferimento non è qui circoscritto alle sole circostanze del reato ma, per la loro stretta interconnessione evidenziata dalla analisi storica del fenomeno effettuata nel capitolo primo, investono la commisurazione nel suo complesso (comprensiva, dunque, sia di quella in senso stretto che di quella in senso lato).

Ebbene, al di là delle configurazioni “estreme” caratterizzate dalla totale assenza di discrezionalità giudiziaria nel momento commisurativo, da un lato, e dalla sua assoluta preminenza, dall'altro, si sono andati affermando modelli che hanno cercato – seppur in maniera diversa – di dare risalto e spessore ad entrambe, costituendo un assetto ordinamentale che li vede alla ricerca di un certo equilibrio.

Più precisamente, i modelli di disciplina della commisurazione della pena astrattamente delineabili appaiono essere cinque. Il criterio di analisi che seguiremo nella trattazione è questa volta inverso rispetto a quanto osservato in precedenza relativamente alla contrapposizione legalità/discrezionalità espressa dai singoli istituti. Per

ragioni dettate dalla esperienza storica occorre, infatti, partire nella analisi da quelle forme che vedono la preminenza del ruolo del giudice.

1) Il primo modello che viene in rilievo si caratterizza per conferire assoluta e libera potestà nella dosimetria della pena al giudice. In questo caso il legislatore di fatto rinuncia a dare una disciplina della commisurazione della pena e la affida al potere giudiziario solamente. In tale ottica, la commisurazione è *globale* (nel senso che non si distingue fra i due diversi momenti commisurativi) ed è nel *segno del giudice*. Le istanze legalistiche vengono qui relegate solo nella previsione delle fattispecie di reato e ove sono presenti elementi circostanzianti questi non sono comunque vincolanti per il giudice il quale potrà liberamente discostarsene, si tratta pertanto di indicazioni legali meramente indicative³⁵.

2) Il secondo modello si caratterizza, invece, per deferire al giudice il potere di aumentare o diminuire la pena senza fornire alcuna indicazione sui presupposti ed i criteri di tale facoltà. Tale assetto disciplinare presenta, a ben vedere, due diverse articolazioni a seconda che la commisurazione della pena venga intesa come momento unico, globale o sia frammentato nei diversi momenti della commisurazione infraeditale ed extraeditale. Nel primo caso, l'assenza di criteri e presupposti guida per il giudice nel dosimetrare la pena si traduce nel conferimento di un potere arbitrario a questi seppur contenuto nelle scelte legislative espresse dalla forbice minimo-massimo. Nel secondo caso, invece, accanto ad una piena libertà nella commisurazione della pena in senso stretto, il sistema di circostanze proprie che viene delineato dal legislatore si compone di solo attenuanti o aggravanti indefinite. Ebbene, il potere discrezionale del giudice in questo caso viene ulteriormente esaltato in quanto è in grado di mettere in discussione gli stessi margini edittali e, quindi, la scelta legislativa. La istanza legalistica risulta confinata nella sola previsione del limite massimo o minimo della oscillazione extraeditale.

3) Il terzo modello di disciplina della commisurazione della pena e, quindi, di composizione delle istanze legalistiche che condurrebbero ad accentrare nel legislatore il potere/ruolo commisurativo e le istanze discrezionali che, viceversa, polarizzano nell'organo giudicante e nella sua valutazione discrezionale *quali-quantitativa* tali operazioni, si caratterizza per deferire al giudice tale potere ma con precisi criteri guida stabiliti dal legislatore. Più precisamente, il modello in esame sul piano infraeditale si traduce per la predisposizione di un sistema di circostanze improprie predefinito ma *non tassativo*. L'elencazione è, pertanto, meramente indicativa e non esaurisce il novero degli elementi che il giudice potrà tenere in considerazione. Questi è, conseguentemente, libero di individuarne ulteriori e differenti. Alla suddetta elencazione può, pertanto, attribuirsi una funzione di "guida" del potere discrezionale. Ebbene, il legislatore entra nel momento commisurativo in senso stretto dando delle indicazioni ma non annullando la discrezionalità dosimetrica del giudice. La commisurazione in senso ampio, sicuramente più rispettosa delle istanze legalisti-

³⁵ Come osservato nel capitolo primo, è questo il modello disciplinare della commisurazione della pena in essere nella Roma Imperiale.

che, si caratterizza, invece, per la predisposizione di elenchi definiti di circostanze proprie, tutte caratterizzate per l'elasticità della variazione: la fissità è qui bandita. Le circostanze proprie indefinite non sono, peraltro, escluse ma vengono considerate quale strumento eccezionale ed ammesse solo se attenuanti.

4) Il quarto modello commisurativo della pena che può essere astrattamente delineato, si caratterizza per una minuziosa e tassativa elencazione degli elementi circostanzianti da parte del legislatore. Tale modellistica sul piano della commisurazione della pena infraeditale si viene, dunque, a caratterizzare per la presenza di un tassativo ed inderogabile sistema di elencazione. Questo vincola rigidamente il giudice che non può valorizzare, ai fini della individuazione della pena base, altri e diversi elementi atipici. Per quanto concerne, poi, il profilo della commisurazione in senso ampio, il legislatore procede anche qui ad una tassativa indicazione sia delle attenuanti che delle aggravanti. Si badi bene, nel modello in esame le circostanze indefinite non sono contemplate neppure se attenuanti e ciò per l'evidente motivo che queste comportano comunque una flessione delle esigenze di necessaria tipicizzazione legislativa dell'elemento.

5) Il quinto ed ultimo modello si contraddistingue, infine, per il fatto che la pena è commisurata interamente ed esclusivamente dal legislatore. Il giudice diviene un mero funzionario, automatizzato ed eteroguidato nelle proprie operazioni di irrogazione della pena. In questo caso, le fattispecie di reato saranno caratterizzate dalla presenza di una pena fissa, così da annullare ogni potere discrezionale dosimetrico del giudice anche in sede di commisurazione infraeditale. Il carattere della fissità viene poi ad identificare anche le circostanze proprie che se a variazione proporzionale *non* potranno, dunque, essere *elastiche* e se a variazione indipendente o autonoma dovranno, invece, determinare in maniera fissa la nuova pena. Il modello in esame, quindi, non solo annulla la discrezionalità *quantitativa* del giudice, ma anche - ed a maggior ragione - quella *qualitativa*. Non saranno, pertanto, ammesse le circostanze indefinite né quelle discrezionali e gli istituti che regolano il concorso sia omogeneo sia eterogeneo di circostanze saranno improntati al rigido computo aritmetico-meccanicistico.

Una riflessione conclusiva sui modelli appena delineati si impone.

Il primo e l'ultimo appaiono sicuramente, in base e in relazione all'assetto ordinamentale improntato sulla Carta Costituzionale del '48, inaccettabili poiché il primo non permette ai consociati alcuna conoscibilità delle conseguenze giuridiche cui potrà andare incontro essendo la sanzione rimessa per intero nelle mani del giudice e l'ultimo comprime in modo inaccettabile - dal momento che lo annulla (specie sotto il profilo della commisurazione in senso stretto) - il potere valutativo-discrezionale sia *quantitativo* che *qualitativo* del giudice.

Le altre tre diverse modellistiche esaminate presentano, viceversa, tutte profili di plausibilità e sono lo specchio di una diversa concezione del rapporto fra il potere statale e quello giudiziario in un determinato momento storico. Cosicché il giudice da corpo coesenziale nella dinamica commisurativa della pena, può divenire corpo estraneo da "tollerare", nel senso che la sua presenza è sì necessaria ma da contenere e limitare, se non proprio automatizzare.

In conclusione, è necessario osservare che, i suddetti modelli non devono intendersi come “rigidi”. I diversi assetti ordinamentali possono, infatti, inquadrarsi per taluni aspetti in un modello e per talaltri in un altro. Tale interconnessione fra le diverse modellistiche è principalmente favorita dall'affastellarsi di norme e novelle legislative che, rispondendo alle istanze ed esigenze del momento storico in cui vengono introdotte, finiscono con il convivere in maniera tutt'altro che pacifica.

Tale situazione, del tutto evidente nel nostro ordinamento, non deve, tuttavia, gettare discredito così da fare avvertire come inutile il suddetto sforzo di sistematizzazione della materia, ma rende anzi ancora più evidente come le tensioni che si vengono a determinare fra legalità e discrezionalità non sono in equilibrio ordinato ma in perfetto disequilibrio, gettando il sistema in una cancrenica irrazionalità.

Tutto ciò considerato, occorre ora riflettere più attentamente sulla esperienza italiana in materia di circostanze del reato e sempre per grandi linee ed in generale (l'analisi specifica la si rinvia ai paragrafi successivi) tracciare l'ondivaga modulazione del rapporto tensivo fra legalità e discrezionalità.

4. Le tre fasi di espressione della discrezionalità

Il potere discrezionale del giudice penale ha subito negli ultimi quaranta anni un costante progressivo ampliamento. Sin dal dopoguerra, infatti, con il d. legisl. luog. 14 settembre 1944, n. 288, che reintrodusse le c.d. attenuanti generiche, e via via, attraverso le riforme del sistema penale del 1974 e del 1981, fino alla legge di modifica dell'ordinamento penitenziario (l. 10 ottobre 1986, n. 663), sono stati introdotti nel nostro sistema ambiti sempre più estesi di discrezionalità.

Le ragioni di questo fenomeno vanno individuate principalmente nel passaggio da un sistema punitivo orientato alla prevenzione generale, intesa in senso repressivo-deterrente, dove si privilegiava l'aspetto negativo dell'intimidazione³⁶, ad un altro che, nel porre in primo piano la personalità del reo, affida alla pena una prevalente finalità di recupero sociale. In questo quadro, sempre più numerosi risultano i settori nei quali il giudice è chiamato ad esercitare un potere più o meno vasto. In linea teorica, è possibile individuare momenti di discrezionalità prima, durante e dopo il giudizio.

Per quanto riguarda la fase antecedente il giudizio, nel nostro ordinamento non si rinvencono casi di esercizio del potere discrezionale, principalmente per l'obbligatorietà dell'azione penale che non consente l'utilizzazione dell'*Opportunitätsprinzip*³⁷. Un esempio significativo di discrezionalità prima del

³⁶ A. M. Stile, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urb.*, 1976-1977, 283; S. Moccia, *Aspetti problematici del rapporto fra funzione della pena e struttura dell'illecito*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice penale*, cit., 101 ss.; R. Saturnino, voce *Discrezionalità. Diritto penale*, cit., 3 s.

³⁷ Cfr. in tal senso A. M. Stile, *Concetto e trattamento della «criminalità minore» in Italia*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, I, Berlin, 1985, 866.

giudizio è offerto invece dal legislatore della RFT ed in particolare dalla legge introduttiva del codice penale del 1974 (*EGStGB*), laddove si è proceduto ad una sostanziale ridefinizione, del potere di archiviazione (*Einstellung*). Infatti, il § 153.1, *StPO*, in presenza di «una colpevolezza che sarebbe da considerare lieve» ed in assenza di un interesse pubblico alla persecuzione, attribuisce al pubblico ministero il potere di archiviare, con il consenso del giudice competente, i procedimenti penali relativi a fatti di lieve entità; inoltre, in presenza delle stesse condizioni, per fatti contro il patrimonio, qualora venga stabilita una sanzione contenuta nel minimo e si cagioni un danno di trascurabile entità, è prevista l'archiviazione da parte del pubblico ministero senza il consenso del giudice. A ciò si aggiunga l'archiviazione condizionata all'adempimento di determinate prescrizioni (*Auflagen* o *Weisungen*) (153 a, 1° comma, *StPO*), sempre disposta dal pubblico ministero con il consenso del giudice e dell'imputato, per fatti di non grave entità (*Vergehen*) accompagnati da lieve colpevolezza, oppure autonomamente, in caso di reati contro il patrimonio³⁸.

Nel nostro sistema l'esercizio del potere discrezionale del giudice è limitato, quindi alla fase del giudizio ed a quella successiva. Per quanto concerne la fase giudiziale vengono in rilievo momenti diversi. In primo luogo, la discrezionalità si manifesta nella scelta del tipo di sanzione in ipotesi di comminatoria alternativa (art. 132 c.p.). Una volta individuata la sanzione adeguata al caso concreto, oppure nel caso di comminatoria singola o congiuntiva, al giudice è affidato il compito di commisurare la pena in riferimento al reato ed alla personalità del reo. Ed in questo quadro il potere discrezionale del giudice penale spazia dall'individuazione della pena-base (art. 133c.p. ed in caso di pena pecuniaria anche artt. 133 *bis* e 133 *ter* c.p.), alle circostanze discrezionali, alle attenuanti generiche, alla recidiva, al trattamento sanzionatorio del reato circostanziato, anche in presenza del giudizio di comparazione tra attenuanti ed aggravanti, alla commisurazione della pena accessoria, laddove il legislatore fissa un limite sia nel minimo che nel massimo, al perdono giudiziale, alla sospensione condizionale della pena, alla non menzione della condanna nel certificato penale, alla dichiarazione di abitudine, di professionalità nel reato e di tendenza a delinquere, fino all'applicazione delle misure di sicurezza. Accanto a questi due tradizionali momenti di discrezionalità nella commisurazione della pena in senso ampio, è possibile individuarne un altro sempre ricollegabile alla fase del giudizio. L'*iter*, infatti, che conduce, attraverso una indagine sul reato e sull'autore, alla quantificazione della pena da irrogare può subire, in relazione a fatti di modesta entità, alcune modificazioni. Si pensi, ad esempio, all'oblazione discrezionale (art. 162 *bis* c.p.) dove, in presenza dei presupposti fissati dalla legge, il giudice può dichiarare l'estinzione del reato, «avuto riguardo alla gravità del fatto». In altre ipotesi poi il procedimento attraverso il quale si perviene alla commisurazione della pena si conclude; tuttavia, all'ammontare di pena stabilito dal giudice si sostituisce su richiesta dell'imputato (artt. 77 ss. l. 689/1981) oppure su decisione dello stesso giudice (art. 53 l. 689/1981),

³⁸ Sul punto cfr. in particolare S. Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teoretica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, 297 ss.; R. Saturnino, voce *Discrezionalità. Diritto penale*, cit., 3.

una sanzione diversa (pecuniaria o non completamente privativa della libertà personale).

Ambiti di discrezionalità sono rintracciabili, infine, anche successivamente al giudizio. Rientra in questa fase, ad esempio, il vasto settore delle misure alternative alla detenzione contenuto nel Capo IV del titolo I della l. 354/1975 e successive modificazioni. L'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47), l'affidamento in prova in casi particolari (art. 47 *bis*), la detenzione domiciliare (art. 47 *ter*), la semilibertà (artt. 48 e 50), la sospensione e la revoca del regime di semilibertà delle misure alternative (art. 51), la sospensione cautelativa (art. 51 *bis*), la disciplina delle licenze (artt. 52 s.) e la liberazione anticipata (art. 54) costituiscono tutte ipotesi di manifestazione del potere discrezionale del giudice nell'esecuzione della pena. Altri istituti discrezionali che possiamo collocare nella fase successiva al giudizio sono la liberazione condizionale (artt. 207 c.p.), la revoca delle misure di sicurezza personali (art. 207 c.p.), il riesame della pericolosità sociale (art. 208 c.p.) e la riabilitazione artt. 178 ss. c.p.).

Ciò precisato, per quanto più specificamente interessa le circostanze del reato e, quindi, la fase del giudizio occorre osservare che il codice Rocco nel suo disegno originario mostrava una certa avversione verso il potere discrezionale del giudice e ciò poiché temeva che questi a contatto con il fatto storico si lasciasse andare a soluzioni eccessivamente indulgenti. Nell'assetto codicistico originario, dunque, anche le circostanze del reato dovevano in una certa misura assolvere a tale funzionalità contenitiva. Ecco, dunque, che per mezzo delle circostanze proprie il legislatore consentiva sì al giudice di modellare la pena alla luce di peculiari valori/disvalori (astrattamente idonei a ridefinire rompendola la previsione legalistica disvaloriale della fattispecie semplice) espressi dal caso concreto, ma si guardava bene dal conferirgli un eccessivo potere e spazio nella delicata³⁹ opera valutativa. Tale impostazione si era così tradotta: in una analitica tipicizzazione degli elementi circostanzianti specie aggravanti; nella abolizione delle circostanze indefinite; nella limitazione del potere di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* (precluso alle circostanze ad efficacia speciale). Peraltro, il rigore era ancora più evidente se si pensa al regime di imputazione in vigore fino al 1990 per le circostanze proprie, improntato - come noto - al criterio oggettivo.

Ecco, dunque, che quando una circostanza era avvertita di particolarmente rilevanza, il legislatore aveva la facoltà di configurarla con una variazione di pena indipendente od autonoma cosicché da un lato la sottraeva al giudizio valutativo-discrezionale sotteso all'art. 69 c.p. e dall'altro, stante il prescindersi da un nesso psichico con l'agente, la rendeva automaticamente operativa. Ebbene, a ben vedere il legislatore aveva predisposto un *escamotage* per introdurre nel sistema - ed in relazione ad elementi particolarmente "vicini" a quelli costitutivi di una autonoma fattispecie di reato - la responsabilità oggettiva.

³⁹ Dal momento che inerisce la stessa scelta legislativa ed in un certo qual senso la mette in discussione rimodulandola sotto il profilo valoriale e numerico-quantitativo.

Occorre osservare che il sistema fin qui descritto, sebbene criticabile sotto numerosi profili – specie in ordine all'imputazione delle circostanze aggravanti in quanto in palese contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale – era indubbiamente coerente: parte generale e parte speciale erano, dunque, in sintonia perfetta, a braccetto nel sussulto rigoristico che le caratterizzava.

Contrariamente, con la riforma del '74 si è affermata una concezione ed una logica del tutto opposta alla precedente. Si è iniziato a temere che il giudice fosse troppo severo, o meglio si pensava che un sistema codicistico così rigido e rigoroso non permettesse all'interprete di approdare all'irrogazione di pene proporzionate e più miti.

Più precisamente, con la riforma della metà degli anni settanta si decise, proprio per perseguire i suddetti fini, di operare sulla norma chiave del sistema e cioè sull'art. 69 c.p. La reintroduzione delle attenuanti generiche ad opera della riforma del '44 si era rivelata, infatti, in definitiva nulla più che un gesto "simbolico", pagliativo per accontentare il giudice. Nella prassi applicativa queste si andavano a scontrare con le circostanze ad efficacia speciale aggravanti e finivano per soccombere in maniera pressoché sistematica ed inevitabile. Il decreto legge del 1974 aveva, dunque, l'obiettivo e la capacità di rivoluzionare il sistema: il potere discrezionale del giudice da limitato e marginale diveniva smisurato e di centrale importanza. Si può addirittura affermare che il potere giudiziario veniva incornato quale padrone indiscusso della commisurazione della pena sia in senso stretto, sia in senso lato. Ebbene, occorre rimarcare come tale ruolo di protagonista non se lo auto-attribuisce l'organo giurisdizionale, ma è proprio il potere legislativo che consapevolmente, essendo incapace di porre mano e riformare il sistema, sceglie di consegnare le chiavi del trattamento sanzionatorio in mano al giudice, sapendo che si sarebbe questo attenuto all'obiettivo: abbattere il trattamento sanzionatorio.

Poniamo mente ad un esempio per chiarire quanto fin qui affermato. Tizio, in preda ad uno scatto d'ira dovuto ad una offesa al suo onore, sferra un pugno a Caio il quale cadendo per terra urta violentemente contro un pezzo di ferro particolarmente acuminato che ne causa la perdita della vista. Così descritto, il fatto di reato parrebbe doversi astrattamente sussumere nell'alveo della fattispecie di lesioni personali gravissime *ex art.* 583 c.p., punita con la pena della reclusione da 6 a 12 anni. Ebbene, fino al '74 il giudice avrebbe tenuto conto della circostanza attenuante dell'ira insorta nell'aggressore per l'offesa all'onore subita, così accordando alla pena base una diminuzione di pena fino ad un terzo. Pertanto, quantificata, ad esempio, la pena-base in 9 anni di reclusione ed applicata la diminuzione di un terzo, avrebbe potuto irrogare una pena finale pari a 6 anni di reclusione. Con la riforma del 1974 tutto, invece, cambia radicalmente. Il giudice può valutare l'attenuante dell'aver agito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui prevalente rispetto all'aggravante delle lesioni gravissime ed applicare così solo la suddetta diminuzione di pena ma – e questo è il punto – non sulla pena-base commisurata all'interno della forbice prevista dall'art. 583 c.p., bensì su quella accordata dall'art. 582 c.p. e cioè su di un ammontare che può oscillare fra 3 mesi e 3 anni di reclusione. Così, ad esempio, individuata la pena-base nel minimo di 3 mesi ed applicata la diminuzione per

l'attenuante di cui all'art. 62.1 n. 2) c.p., il giudice potrebbe irrogare una pena finale di 2 mesi di reclusione. Evidente l'amplissima discrezionalità generata con la riforma del 1974 in capo al giudice: le stesse lesioni possono, infatti, essere oggi punite da 2 mesi a 12 anni di reclusione.

L'esempio ripercorso ci fa comprendere come attualmente tutto finisce con il confondersi nella discrezionalità del giudice che è il sovrano indiscusso della commisurazione.

Pur tuttavia, le riflessioni appena sviluppate anche grazie all'esemplificazione fatta, ci rassegnano l'idea che un sistema improntato alla assoluta discrezionalità giudiziaria abbia perso di razionalità e ragionevolezza.

Ecco, dunque, che sulla base di tale allarmante presa di coscienza si è dato vita - a patire dai primi anni del XXI secolo e specie con l'affermarsi delle imperiture stagioni dell'emergenza - ad un fenomeno inverso a quello che aveva caratterizzato gli anni settanta, volto a recuperare la certezza della pena orientando il potere dosimetrico del giudice in maniera meno libera e ciò anche al fine di evitare che la risposta sanzionatoria si ammorbida eccessivamente.

Pur tuttavia, tale obiettivo di politica criminale del tutto "plausibile" e per certi aspetti "condivisibile" è stato perseguito attraverso riforme *disorganiche e frammentarie* che hanno condannato la materia delle circostanze del reato e più in generale il sistema della pena alla più totale irrazionalità. Hanno cioè sortito l'effetto opposto di quello che si prefiggevano.

Ebbene, l'obiettivo appena enunciato appare perseguibile, a nostro avviso, solo per mezzo di una modifica del sistema sanzionatorio nel suo complesso procedendo, prima di intervenire sui singoli istituti della parte generale ed in particolare sull'art. 69 c.p., ad una riforma della parte speciale del codice.

In buona sostanza, la riforma che è quanto mai necessario avviare deve caratterizzarsi per l'*organicità* e non per la *settorialità*. Gli interventi « settoriali », in una materia che non tollera tale tipologia di aggiustamenti stante la sua natura circolare, finiscono, infatti, con l'alterare e il destabilizzare il sistema nel suo complesso.

5. Proteiformità della discrezionalità penale. I diversi momenti di operatività e le sue diverse modulazioni in relazione ai singoli istituti. Discrezionalità *quantitativa*, discrezionalità *qualitativa* e *fissità* della variazione della pena

E' d'uopo, a questo punto giunti, riprendere il discorso in ordine al potere discrezionale del giudice nella materia delle circostanze del reato e soffermarci più da vicino sulla individuata possibilità di delineare al suo interno una duplice articolazione tipologica.

Come già accennato, il concetto di discrezionalità *quantitativa* e *qualitativa* non è stato fino ad oggi messo in evidenza - e, quindi, debitamente chiarito - da nessuno studio sul tema e ciò poiché non si è, a nostro avviso, prestata sufficiente attenzione alle peculiarità presentate dall'istituto delle circostanze proprie. Tendenzialmente ci si è, infatti, attestati (*rectius* arrestati) su di una concezione di discrezionalità svilup-

pata a livello latamente e genericamente “commisurativo”, senza indagare se questa presentasse particolarità una volta “calata” nei singoli istituti dell’ordinamento.

Ebbene, come osservato, discrezionalità *quantitativa* e discrezionalità *qualitativa* non sono concetti in contrapposizione fra loro, ma possono questi convivere nelle varie categorie circostanziali o rilevare autonomamente. All’interno dei vari istituti sottesi al sistema delle circostanze (si pensi, ad esempio, al giudizio di bilanciamento sotteso al concorso eterogeneo di circostanze *ex art. 69 c.p.*) e delle varie categorie tipologiche di quest’ultime (si pensi, ad esempio, alle attenuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*) la loro presenza viene diversamente valorizzata e modulata e, quindi, differenti sono gli effetti sul potere discrezionale riconosciuto al giudice. Tale potere sarà, pertanto, più ampio nel caso di una loro presenza contestuale (questo il caso, ad esempio, delle attenuanti generiche), e più circoscritto nel caso della presenza di una sola di esse. Come accennato nei paragrafi precedenti, queste istanze discrezionali devono poi necessariamente rapportarsi con le evidenti istanze legalistiche legate al sistema delle circostanze proprie ed anche in questo senso tale tensione si traduce e modula con differenti caratteristiche nelle varie categorie.

Una volta tracciata questa bipartizione a livello generico, è necessario fornire una puntuale spiegazione di cosa sia ed in cosa consista la discrezionalità *quantitativa* e la discrezionalità *qualitativa*.

La prima articolazione della discrezionalità è insita nella *elasticità* della variazione proporzionale della pena che rappresenta la regola generale e sussidiaria in materia e ciò in forza del disposto normativo di cui agli artt. 64 e 65 c.p. La suddetta caratteristica onera il giudice del compito in un primo momento di valutare la portata disvaloriale/valoriale dell’elemento circostanziante nella sua concreta realizzazione fenomenica e di “tradurre” tale valutazione in termini numerico-quantitativi ed in un secondo momento di fare reagire la suddetta quantificazione sulla pena-base previamente individuata, giungendo così alla pena finale da irrogare. In tal caso il giudice ha un potere discrezionale che non incide sull’*an* dell’elemento circostanziale, in quanto è stato questo già individuato e selezionato dal legislatore nonché il giudice è obbligato una volta ravvista la sua manifestazione nel caso concreto ad applicarlo⁴⁰, bensì sulla quantità di pena-base che deve essere aumentata o diminuita data la portata disvaloriale o valoriale del singolo elemento. Questo è, pertanto, un potere discrezionale che opera all’interno di un limite normativamente predeterminato in via astratta e ciò in maniera simile rispetto a quanto avviene nella fase della commisurazione in senso stretto. E’ d’uopo, inoltre, rimarcare come l’attività rimessa al giudice non è puramente meccanica ma valutativo-discrezionale. Questi è, infatti, chiamato a dare un proprio giudizio sull’incidenza che l’elemento circostanziale deve avere all’interno della cornice predeterminata dal legislatore. Il giudice è, dunque, vocato ancora una volta a mediare fra la realtà del caso concreto e la fattispecie astratta prevista dal legislatore e la sua funzione commisurativa ne risulta nuova-

⁴⁰ Se tale opera di individuazione sia opera del giudice o del legislatore dipende come osservato nel capitolo secondo dalla sussistenza o meno di discrezionalità qualitativa nella singola tipologia di circostanza.

mente esaltata⁴¹. Più precisamente, al giudice sembra essere richiesto di valutare sia l'intensità di manifestazione del singolo elemento, sia la sua capacità di "caratterizzare" la fattispecie semplice. Con tale ultima espressione si intende sottolineare il fatto che l'interprete deve prestare particolare attenzione anche nei confronti del reato base a cui l'elemento accede. La circostanza non deve, dunque, essere pensata e valutata in sé e per sé, ma assieme e nella interrelazione che questa assume con gli elementi costitutivi del reato semplice.

Per quanto riguarda, invece, la discrezionalità di tipo *qualitativo* è d'uopo sottolineare che con tale espressione si intende fare riferimento a quell'ampio potere discrezionale riconosciuto al giudice che non si arresta al solo piano numerico-quantitativo, ma si estende fino ad una valutazione sulla sussistenza, e quindi sull'*an*, dell'elemento circostanziale nel caso concreto. Parliamo di "qualità" in quanto è evidente che in tal caso il giudice è chiamato a "fare qualcosa in più e di diverso" dal decidere in che misura l'elemento deve incidere sulla pena. A ben vedere, infatti, egli ha innanzitutto la facoltà di valutare se il singolo elemento in considerazione sussiste o meno e di conseguenza se inciderà o non inciderà, con l'effetto tipico ed eventuale di "sfondamento edittale", sulla pena-base. In questo caso, quindi, il normale processo di identificazione dell'elemento circostanziale, che vedrebbe operare *in primis* il legislatore a livello generale ed astratto e solo in un secondo momento il giudice, sembra mancare dell'opera di "mediazione" del legislatore. Più precisamente, la discrezionalità *qualitativa*, ad una sua attenta analisi, appare presentare tre ulteriori e diverse articolazioni di manifestazione. A. La prima tipologia di discrezionalità *qualitativa* che possiamo individuare può essere definita «individuatoria-di relazione». Con tale espressione si vuole, infatti, sottolineare come l'operazione logico-valutativa rimessa nelle mani del giudice si estrinseca nella ricerca nel caso concreto degli estremi dell'elemento circostanziale solo parzialmente individuati dal legislatore. In tal senso, quindi, può dirsi che il potere discrezionale del giudice si muove nella ricerca e nella definizione del valore circostanziale, mirando così a completare quella scelta legislativa incompleta con cui pur sempre, tuttavia, la valutazione deve relazionarsi e logicamente rispondere. B. La seconda tipologia di discrezionalità *qualitativa* delineabile può riassumersi nell'espressione «*para-normativa*». Si tratta, in questo caso, di un potere valutativo del giudice del tutto speculare a quello elettivo proprio del legislatore. In tal senso il giudice diviene il demiurgo dell'elemento circostanziale è lui che lo tipizza, prendendo così il tradizionale posto del legislatore. C. La terza ed ultima forma di manifestazione della discrezionalità *qualitativa* può definirsi «*contra-normativa*». In questo caso il potere altamente valutativo del giudice è in grado di sostituirsi e contraddire la scelta effettuata dal legislatore. In altre parole, all'organo giudiziario è concesso di mettere in discussione la tipizzazione effettuata dal potere legislativo e ridefinirla in termini differenti.

⁴¹ Come, peraltro, già ampiamente affermato nel capitolo secondo relativo alla funzione delle circostanze.

Ciò precisato in termini generali in ordine al potere discrezionale conferito al giudice nella materia delle circostanze del reato, occorre ora analizzare quali sono gli aspetti che valorizzano, invece, le istanze legalistiche anch'esse come osservato sottese all'istituto in esame.

Ebbene, oltre al carattere della tipicizzazione legislativa del singolo elemento, la legalità appare corroborata dai ulteriori caratteri quali la *fissità* nella variazione della pena e la introduzione di *meccanismi presuntivi e calcoli aritmetici*.

Più precisamente, la *fissità* azzerava la discrezionalità *quantitativa* del giudice. Le circostanze che presentano una variazione di pena proporzionale ed *elastica* vengono, dunque, a contrapporsi a quelle a variazione proporzionale *fissa*. In quest'ultimo caso può, peraltro, dirsi essere realizzata una commisurazione di tipo legale della pena. E' cioè il legislatore direttamente, in prima persona ed in via generale ed astratta a stabilire il peso numerico-quantitativo di incisione del singolo elemento sulla pena base. Il giudice è, pertanto, estromesso da tale operazione dosimetrica.

Quanto poi all'introduzione di presunzioni ad opera del legislatore (come, ad esempio, l'impossibilità per una determinata circostanza di essere dichiarata equivalente o soccombente rispetto alle concorrenti circostanze di segno opposto), occorre osservare che si va così ad incidere comprimendola direttamente sulla discrezionalità *qualitativa* del giudice, impedendogli di mettere in moto quei meccanismi che gli consentono di applicare/non applicare un determinato elemento circostanziante.

L'introduzione di meccanismi di calcolo meccanicistico-aritmetici (quale, ad esempio, quello previsto *ex art. 63.2 c.p.*), impediscono, invece, alla radice ogni tipologia di valutazione ad opera del giudice sia *quantitativa* che *qualitativa*.

Ebbene, prima di procedere nella puntuale analisi delle diverse tipologie classificatorie di circostanze e dei diversi istituti che regolano la materia, al fine di comprendere a pieno la modulazione che in essi viene fatta del rapporto tensivo fra legalità e discrezionalità alla luce del singolo specifico scopo e funzione, occorre osservare che la discrezionalità di tipo *quantitativo* nelle circostanze proprie può essere *eliminata* senza alcuna rilevante problematica e ciò al contrario di quanto osservato nella commisurazione in senso stretto, dove un momento di discrezionalità dosimetrica appare costituzionalmente imposto per dare sfogo alle esigenze di individualizzazione e proporzionalità della pena. Conseguentemente, solamente la predisposizione di pene fisse in relazione alla fattispecie semplice si porrebbe in frizione con i dettami della Costituzione. Si badi bene, la giurisprudenza della Corte Costituzionale già a partire dagli anni '60, ma in maniera emblematica e particolarmente chiara nelle sentenze n. 50 del 1980, n. 183 del 2011 e n. 251 del 2012 rimarca la suddetta argomentazione, seppur con argomentazioni parzialmente diverse e non sempre del tutto chiare⁴². Più precisamente, infatti, i suddetti orientamenti della Consulta appaiono affermare il pensiero secondo cui non importa se si comprime anche fino ad annullarla la discrezionalità del giudice nella fase della commisurazione in senso ampio, ciò che conta è che la discrezionalità non sia eliminata del tutto e permanga

⁴² Si rinvia ai prossimi paragrafi la più approfondita trattazione della tematica.

pur sempre nella commisurazione della pena. Tale considerazione, evidenzia come di fondo vi sia ancora una idea in definitiva complessiva ed unitaria della commisurazione della pena. Ciò che rileva è, infatti, il fatto che vi sia un momento di discrezionalità nella commisurazione della pena complessivamente intesa, a poco importa dove questo sia collocato⁴³.

Quanto poi alla discrezionalità *qualitativa* ed alla sua eliminabilità dal sistema o meno, il discorso appare sicuramente più complesso. Momenti discrezionali-valutativi appaiono, infatti, irrinunciabili rispetto a determinati istituti o tipologie di circostanze. Basti evidenziare in tal senso come le circostanze c.d. *soggettive* implicino necessariamente una indagine valutativa in ordine a componenti psichiche che attengono al reo. Appare, pertanto, difficile, se non propriamente impossibile, costruirle nei termini dell'automatismo, essendo ad esse connaturata ed indefettibile la valutazione-discrezionale del giudice. Lo stesso può affermarsi anche rispetto a determinate ipotesi di concorso omogeneo di circostanze (quale, ad esempio, il caso disciplinato ex art. 63.4 c.p.) in cui il meccanismo dell'aritmetismo non appare una via validamente percorribile. In conclusione sul punto, nel sistema delle circostanze del reato anche la discrezionalità *qualitativa* può essere compressa, ma, al contrario di quella *quantitativa*, non vi si può rinunciare dal momento che deve pur sempre caratterizzare determinati istituti o tipologie classificatorie di circostanze.

Tutto ciò posto e considerato in una ottica di inquadramento generale del fenomeno e delle caratteristiche che contraddistinguono le istanze sottese alla legalità ed alla discrezionalità nel sistema delle circostanze del reato, è necessario ora procedere con una analisi ancora una volta per così dire "parcellizzata" delle diverse tipologie di circostanze ed istituti in cui tale tensione risulta essere particolarmente acuta e problematica.

5.1 Le circostanze a variazione di pena proporzionale ed *elastica*: verso l'esaltazione della discrezionalità *quantitativa*

La prima tipologia classificatoria che occorre prendere in esame, stante la sua diffusività e rilevanza numerico-applicativa, è rappresentata dalle circostanze ad efficacia comune con variazione di pena *elastica*.

Come più volte osservato, queste si caratterizzano poiché vengono fatte reagire sulla pena-base (frutto dell'esito delle operazioni commisurative in senso stretto) attuando una variazione proporzionale nei limiti elastici predati dal legislatore. In altre parole, quindi, il giudice potrà/dovrà concretamente dosimetrare l'aumento o la diminuzione della pena per il reato circostanziato a seconda della concreta intensità di

⁴³ Come vedremo non riteniamo tale considerazione corretta, dal momento che finisce con il sovrapporre commisurazione in senso stretto e in senso ampio e le problematiche ad esse sottese. A nostro avviso occorre, infatti, tenere ben distinte le problematiche sottese alla fissità nella previsione della pena base, da quelle inerenti alla fissità della variazione di pena accordata dalla circostanza propria.

manifestazione dell'elemento così come ricordato e letto con la fattispecie semplice. Nel fare ciò deve, comunque, pur sempre rispettare i limiti legislativamente stabiliti.

Ebbene, appare evidente come tale tipologia di circostanze permette una certa flessibilizzazione della risposta sanzionatoria anche al di là della forbice edittale prevista per il reato base ed a tal fine conferisce un potere discrezionale di tipo *quantitativo-dosimetrico* al giudice. E' d'uopo, dunque, rilevare che la discrezionalità che contraddistingue il carattere dell'«elasticità» è esclusivamente *quantitativa* e non anche *qualitativa*.

Ciò precisato, occorre indagare sulle ragioni sottese alla configurazione disciplinare in esame (*id est* il carattere dell'elasticità nella variazione proporzionale della pena) e sul perché è stata questa scelta quale struttura base e generale della materia.

Ebbene, preliminarmente è necessario osservare che la discrezionalità anche se solo *quantitativa*, entra in un certo qual senso in “frizione” con le istanze legalistiche che dovrebbero informare la materia delle circostanze del reato. Sarebbe stato, pertanto, più consentaneo alle suddette esigenze configurare la variazione accordata dalle circostanze del reato nei termini della *fissità* così da *annullare* ogni valutazione discrezionale del giudice sul *quantum* di pena da irrogare.

Perché, dunque, il legislatore ha voluto derogare attraverso l'elasticità quale “regola” ad un sistema di stretta legalità che era, invece, ben possibile attuare?

Sottesa alla configurazione disciplinare in esame (e, quindi, in un certo qual senso al sistema delle circostanze nel suo complesso) appare esservi l'idea che l'elemento circostanziale può presentare una serie di sfumature di intensità nella sua manifestazione che, ai fini della migliore individualizzazione della pena, non possono non trovare valorizzazione e considerazione. Una rigida fissazione da parte del legislatore del *quantum* di variazione di tutte le ipotesi circostanziali condannerebbe, infatti, il sistema nel suo complesso - e non solo, quindi, la materia delle circostanze del reato - ad una eccessiva rigidità e fissità. Più precisamente, fissare la pena in una unità di variazione percentualistica predata ed invariabile equivarrebbe ad introdurre nel sistema una presunzione generale ed astratta in ordine al valore/disvalore del singolo elemento e ciò in maniera non proprio consona con il principio di individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Si può, peraltro, rilevare sul punto che le circostanze *comuni* a variazione di pena elastica e *proporzionale*, essendo astrattamente idonee a combinarsi con tutte le fattispecie di reato (come tali anche profondamente eterogenee fra di loro), ove difettino di una certa flessibilizzazione non sarebbe nei fatti possibile adeguarle ai diversi reati, dovendosi, infatti, tenere conto della “naturale” maggiore o minore consonanza con questi di volta in volta presentata. In questo senso l'elasticità permetterebbe, dunque, di modulare l'incisività del trattamento sanzionatorio a seconda della tipologia di reato semplice con cui si combina e della maggiore o minore consonanza che questa presenta con la fattispecie base di riferimento. Il concetto di *proporzionalità* implica, poi, una reazione della variazione di pena sulla entità base. Da ciò emerge che la valutazione del giudice non può né deve esaurirsi e concentrarsi sulla sola intensità di manifestazione dell'elemento, ma è necessario che si interrelazioni e moduli sia col tipo di reato semplice che viene di volta in volto in rilievo, sia con il *quantum* di pena-base previamente fissata.

E' possibile, poi, individuare una seconda ragione a fondamento della scelta in favore della elasticità nella variazione di pena per le circostanze del reato. Ebbene, questa sembra muoversi su di un piano valutativo diverso dal precedente e cioè sulla astratta previsione della fattispecie. Più precisamente, sottesa alla previsione di una variazione flessibile fra di un massimo e di un minimo appare esservi l'idea di una ridefinizione dei margini edittali della nuova fattispecie di reato (c.d. circostanziata). Così argomentando, l'elasticità della circostanza permetterebbe di mantenere quella flessibilità propria delle cornici edittali base anche nella fattispecie circostanziata. Si badi bene, la suddetta considerazione può ritenersi solo "di massima e tendenziale" dal momento che va incontro a specifiche quanto determinanti considerazioni problematiche. La prima consiste nel rilevare che le circostanze ad efficacia comune con variazione di pena elastica producono i loro effetti direttamente sulla pena-base e, quindi, operano nel cuore della commisurazione con conseguente preminente funzione commisurativa giudiziale della pena. L'effetto di sfondamento dei margini edittali è, peraltro, una conseguenza meramente eventuale e rara. La seconda considerazione critica al fondamento sostanziale dell'elasticità nella materia delle circostanze del reato ora in esame, deve ravvisarsi nel fatto che anche in presenza di una fattispecie semplice con pena fissa (ad esempio dell'ergastolo) la variazione elastica produce i propri effetti astrattamente ridefinitori del compasso edittale, ma - e questo è il punto - non può dirsi in questo caso avere il medesimo significato della previsione sanzionatoria base.

Quanto, poi, alla funzione assoluta dalle circostanze a variazione di pena proporzionale ed elastica ci riportiamo alle diffuse argomentazioni sviluppate nel capitolo secondo, limitandoci in questa sede a sottolineare che assolvono queste una preminente funzione di commisurazione giudiziale della pena: a ciò è, infatti, inequivocabilmente preposta la esaltazione della discrezionalità *quantitativa* in capo al giudice.

Infine e prima di passare alla disamina delle circostanze a variazione di pena proporzionale fissa ed al loro significato funzionale, occorre distinguere dalle altre forme quelle circostanze sempre a variazione di pena proporzionale ed elastica che abbiamo definito ad «elasticità con variazione minima *unitaria*». Con l'espressione *de qua*, si vuole indicare quei casi in cui il legislatore ha fissato espressamente nella norma (direttamente o per rinvio all'art. 64 e 65 c.p.) il solo termine massimo di variazione proporzionale. Quanto al minimo - non essendovi alcuna specifica determinazione in tal senso (il legislatore si limita ad affermare, infatti, che la pena è aumentata o diminuita «fino a») - si deve ritenere essere questo *unitario*. In questi casi il giudice può, dunque, aumentare o diminuire la pena anche di una singola unità di misura della pena-base. Un giorno di pena detentiva od un euro di pena pecuniaria. Ebbene, ciò precisato si impongono alcune considerazioni in ordine alla funzione ricoperta dal modello in esame ed alla tipologia di discrezionalità da questo corroborata. Innanzitutto occorre osservare che in questo caso ci si troverà in presenza di una commisurazione *giudiziale* della pena che appare in perfetta sintonia funzionale sia con il carattere della proporzionalità, sia con quello dell'elasticità. La struttura in esame è, infatti, sicuramente quella che meglio esalta e valorizza la centralità del ruolo valutativo-discrezionale del giudice, che assurge a indiscusso protagonista anche

delle operazioni di misurazione della pena in senso ampio. L'attribuzione di un vasto potere discrezionale valutativo in capo al giudice finalizzato a modulare la scelta in ordine al *quantum* di variazione di pena da applicare in forza dell'elemento circostanziale, ne corrobora, pertanto, inequivocabilmente la funzione commisurativa⁴⁴. E' d'uopo, tuttavia, osservare che la pregnanza del carattere della discrezionalità e la funzionalità commisurativo-giudiziale propria degli elementi a variazione di pena proporzionale dotati di « elasticità con variazione minima *unitaria* » non si esaurisce sotto il solo profilo quantitativo. Nonostante, infatti, una seppur minima variazione di pena vi debba essere, in tali ipotesi al giudice è rimesso un potere discrezionale particolarmente significativo e nella sostanza di tipo *qualitativo* che gli permette (nei fatti) di porre nel nulla la stessa previsione legislativa ove decida di assestare la variazione quantitativa su di una sola unità di misura della pena-base. Un solo giorno in più o in meno di pena detentiva o il pagamento di un solo euro in più o in meno di pena pecuniaria, infatti, non realizza alcun effettivo scostamento dal disvalore espresso dal tipo base. Lo stesso elemento verrebbe così ridotto ad una mera circostanza con funzione descrittiva del fatto di reato, senza, tuttavia, sia stata ad esso riconosciuta alcuna capacità rimodulativa di un autonomo sottotipo. Ove, pertanto, l'*elasticità* nella variazione della pena-base si risolve nell'applicazione di una minima unità di misura, il giudice nel commisurare la pena ha finito con l'assestarsi su valori prossimi - o comunque pressoché equivalenti - a quelli originariamente previsti per la pena-base dando corpo ad un intervento valutativo discrezionale altamente qualitativo e di tipo *contra*-normativo. A ben vedere è, infatti, questo in grado di dissolvere nella sostanza la scelta di tipicizzazione effettuata a monte da parte del legislatore. La tipologia di circostanze in esame combina, dunque, al proprio interno discrezionalità *quantitativa* e discrezionalità *qualitativa* di tipo *contra*-normativo, essendo il giudice capace nei fatti di porre nel nulla la scelta elettiva compiuta dal potere legislativo. Queste, pertanto, vengono a combinare in capo al giudice una funzione sia di «commisurazione giudiziale della pena», sia di «determinazione giudiziale della fattispecie»⁴⁵.

5.2 Le circostanze a variazione di pena proporzionale fissa. La “via della fissità” e l'annullamento della discrezionalità *quantitativa*

In maniera pressoché speculare alle circostanze proporzionali *elastiche* si muovono quelle proporzionali *fisse*.

In questa ipotesi, infatti, il legislatore predetermina in misura *rigida* la variazione di pena privando il giudice del proprio ruolo valutativo-discrezionale in ordine al *quantum* di pena da irrogare. E', dunque, il legislatore presuntivamente a valutare in

⁴⁴ Questi, infatti, avendo cognizione del caso concreto di reato e, quindi, anche dell'elemento circostanziale posto in essere, è chiamato a valutarne l'incidenza sulla pena-base per mezzo di un'attività inevitabilmente improntata ad operazioni valutative di tipo discrezionale.

⁴⁵ Cfr. sul punto le diffuse osservazioni effettuate nel capitolo primo al paragrafo 7.1.

via generale ed astratta la capacità incisiva dell'elemento sul *quantum* di pena, "assicurandone" così in un certo qual senso il peso incisivo.

Più precisamente, occorre rilevare come la previsione della variazione della pena in misura proporzionale *fissa* si compone di due operazioni logiche entrambe effettuate dal legislatore in astratto prescindendo, pertanto, dal caso concreto di reato. In un primo momento, questi valuta il valore/disvalore di un determinato elemento circostanziante già previamente eletto ed in un secondo momento "traduce" tale valutazione in una unica e determinata percentuale numerica, come tale non suscettibile di oscillazione alcuna.

Ebbene, appare evidente che la tipologia di circostanze in esame - che sempre più vanno a caratterizzare le novelle legislative degli ultimi anni - miri ad annullare la discrezionalità *quantitativa* del giudice e al contempo riservare le operazioni commisurative della pena allo stesso legislatore. Si viene, infatti, a realizzare mediante la suddetta disciplina una «commisurazione legale della pena»: questa, dunque, la loro preminente funzione.

Prima di procedere più diffusamente nella analisi del complesso tema della fissità si impongono alcune preliminari considerazioni che saranno poi oggetto di specifica analisi specie alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale e del suo più illustre precedente sul punto ricoperto dalla sentenza n. 50 del 1980, la quale possiamo dire aver fatto sull'argomento "scuola".

Il concetto base, su cui si incardina l'intera problematica dalla fissità della pena è rappresentato dal fatto che questa si pone in linea di principio in *disarmonia* «con il volto costituzionale del sistema penale»⁴⁶. Più precisamente, la pena fissa può dirsi in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. Si è soliti, tuttavia, osservare che il dubbio di illegittimità costituzionale potrà essere caso per caso superato a condizione che per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto alla intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato.

Ciò precisato in via generale sul tema, è necessario domandarsi - in quanto di specifico interesse per la nostra trattazione - se le stesse esigenze che hanno portato a "bandire" la previsione di una pena fissa in relazione alla fattispecie base di reato si pongono anche rispetto alle circostanze del reato.

Al fine di fornire una risposta alla suddetta problematica, occorre compiere una preliminare distinzione fra fissità accordata a circostanze ad *efficacia speciale* e fissità posta in relazione a circostanze ad *efficacia comune* o ad *effetto speciale*. Tale distinzione preliminare appare, infatti, del tutto essenziale essendo le considerazioni e le risposte a cui giungeremo differenziate se non proprio opposte a seconda della tipologia circostanziante in rilievo.

Più precisamente e procedendo con ordine nella disamina, le circostanze ad efficacia speciale con variazione di pena *autonoma* ove prevedano una variazione di pena fissa finiscono con il rendere fissa anche la pena prevista dalla nuova fattispecie

⁴⁶ Cfr. in tal senso proprio Corte Cost., 50/1980 in *cortecotituzionale*.

circostanziata e, quindi, - per la stretta correlazione fra i due termini - anche il trattamento sanzionatorio finale. In questa, ipotesi, si ripropongono a nostro avviso le medesime problematiche di legittimità costituzionale sopra esposte in relazione alla fattispecie semplice. Quanto alle circostanze ad efficacia speciale con variazione di pena *indipendente*, sebbene difficilmente immaginabili poiché estranee alla fissità “per natura”, ove prevedano una variazione di pena fissa ripropongono le stesse identiche considerazioni sviluppate per le circostanze autonome. In questi casi le operazioni di commisurazione della pena sia in senso stretto sia in senso lato sono, infatti, effettuate interamente ed esclusivamente dal legislatore.

Il discorso diviene più complesso, invece, per quanto concerne le circostanze ad *efficacia comune* e quelle ad *effetto speciale*. Ebbene, rispetto a queste la variazione di pena proporzionale fissa deve ritenersi costituzionalmente compatibile e ciò in forza di due fondamentali ragioni: l'una a carattere *sistematico* e l'altra di tipo *strutturale*. Sotto il primo profilo occorre rilevare che il compasso editale e la discrezionalità giudiziale ad esso sottesa nella loro essenza garantista, volta alla realizzazione delle istanze costituzionali di eguaglianza e proporzionalità della pena rispetto al disvalore del fatto storico di reato e alla concreta colpevolezza del soggetto agente, non sarebbe preclusa dalla variazione proporzionale fissa operata dall'elemento circostanziale. Le suddette esigenze sottese alla flessibilizzazione e graduabilità della risposta sanzionatoria potrebbero, infatti, ben esprimersi nel diverso momento della commisurazione in senso stretto. La fattispecie di reato risultante dal combinarsi dell'elemento circostanziale a variazione proporzionale fissa con il reato semplice non sarebbe, infatti, “blindata” nel *quantum* di pena. La risposta sanzionatoria a fronte della sua violazione potrebbe essere sempre adeguata dal giudice alla luce del caso concreto e delle sue peculiarità di disvalore. Più problematico appare, invece, il caso in cui fissa sia tanto la pena prevista dalla fattispecie semplice, tanto la variazione accordata dall'elemento circostanziale. In questo caso la tensione con i principi costituzionali sopra evidenziati appare particolarmente forte ed il giudizio di ragionevolezza a cui la Consulta richiama il giudice deve essere condotto in maniera particolarmente rigorosa, cosicché risultino del tutto eccezionali le ipotesi in cui tale combinazione appare plausibile.

In conclusione è d'uopo rilevare che se è vero che le circostanze mirano ad una descrizione dettagliata di un dato della realtà a cui il legislatore ha voluto attribuire - per mezzo della sua tipizzazione - un peculiare valore/disvalore sottraendolo in qualche misura alla discrezionalità del giudice, la “via della fissità” appare sicuramente più consentanea al sottotipo circostanziato rispetto a quanto non lo sia l'elasticità. Il legislatore può, infatti, ben ritenere che un determinato elemento non presenti alcuna necessità di graduazione valoriale interna, ma sia univocamente espressione di un dato della realtà definibile in maniera fissa e costante. Si badi bene, comunque, che il legislatore non è libero di scegliere la disciplina della fissità come meglio gli aggrada magari per dare corpo ad esigenze repressive di politica criminale, ma è chiamato ad un'attenta valutazione sotto il profilo valoriale dell'elemento e della sua capacità - stante la logica presuntiva insita nella variazione fissa - di immobilizzare rigidamente un dato della realtà. A titolo esemplificativo non ci sembra, infat-

ti, ragionevole fissare in maniera rigida la variazione della pena rispetto ad elementi circostanzianti c.d. soggettivi. La psiche umana essendo una realtà multiforme e particolarmente complessa, non si presta a standardizzazioni presuntive. In tal senso ci appare incostituzionale in quanto irragionevole la previsione di cui agli artt. 99.3 e 99.4 c.p. e cioè l'aumento di pena previsto per la recidiva pluriaggravata e reiterata.

Le esigenze delineate in relazione al « tipo circostanziato » non si ripropongono, tuttavia, per il « tipo base » che necessariamente deve consentire all'interno di margini più o meno ampi l'espletarsi della discrezionalità del giudice. La fattispecie semplice deve, pertanto, rifuggire da una tecnica di tipicizzazione eccessivamente articolata ed analitica, tanto nella descrizione normativa quanto nella fissazione del trattamento sanzionatorio (*id est* attraverso la pena base). Necessita, dunque, di una previsione in ordine al trattamento sanzionatorio di tipo variabile: questa la funzione della cornice edittale.

5.2.1 La fissità della pena nella fattispecie incriminatrice base. Adeguatezza e proporzione della pena rispetto al tipo di fatto: legalità e discrezionalità in materia di sanzioni penali. La posizione della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Il tendenziale riconoscimento dell'incostituzionalità della previsione fissa e la valvola di salvezza rappresentata dal giudizio di ragionevolezza del caso concreto

Il principio di precisione e pregnanza del tipo esplica i suoi effetti non soltanto con riferimento ai presupposti della punibilità, ma anche alle conseguenze sanzionatorie.

Pur tuttavia, la progressiva e caotica stratificazione di interventi normativi a partire dagli anni settanta del novecento ha dato vita ad una vera e propria aporia nel sistema sanzionatorio, con conseguente (e da più parti denunciata) disintegrazione della correlazione tra pena edittale e pena concretamente applicabile dal giudice e forte ampliamento della discrezionalità giudiziaria nel momento commisurativo⁴⁷. Si può, dunque, affermare che nell'attuale ordinamento la legalità della pena, seppur non formalmente violata, non risulta sostanzialmente rispettata. Una pluralità di esigenze, spesso contraddittorie tra di loro, non trovano, infatti, una guida legislativa sufficientemente univoca. Spetta, pertanto, al giudice provvedere alla commisurazione nel caso concreto secondo una scelta motivata più dalle connotazioni assiolo-

⁴⁷ In questo senso vedasi in particolare G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 156 ss. Sul «dissolvimento» del sistema sanzionatorio, che determina una situazione di diffusa incertezza ed ineffettività della pena cfr. F. Giunta, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss.; M. Lombardo, voce *Circostanze*, cit., 88; G. Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 ss.; L. Monaco, C. E. Paliero, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421 ss.; T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.

giche promananti dal contesto della *res iudicanda* che dai principi normativi verificati e condivisi socialmente per via di scelte responsabili e trasparenti assunte dall'organo (il Parlamento) che rappresenta la comunità politica⁴⁸.

Ciò premesso è d'uopo, tuttavia, osservare come la questione della tipizzazione della sanzione evochi il rapporto tra la precisione del tipo e la discrezionalità del giudice.

Sebbene, infatti, spetta alla legge (statale), per il nostro sistema costituzionale, il monopolio della *determinazione della misura della pena*, si rende, tuttavia, necessario precisare tale assunto ed esaminarlo rispetto al rapporto legge-potere discrezionale del giudice penale. Più precisamente occorre verificare se un'altra esigenza costituzionalmente garantita, possa autorizzare l'apertura di un varco nel rigore della riserva assoluta e, quindi, un affievolimento della *ratio* di tutela di cui essa è espressione.

Lo spunto per l'analisi dei rapporti tra legge e potere discrezionale del giudice in tema di sanzioni penali, in una rigorosa prospettiva costituzionale, può essere offerto da una recente decisione della Corte Costituzionale (23 marzo 2012, n. 68) che non esitiamo a definire ad un tempo *storica* ed *irripetibile*. Con la suddetta pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevede in relazione al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, una circostanza attenuante speciale per i fatti di «lieve entità», analoga, nella struttura e negli effetti, a quella applicabile, in forza dell'art. 311 c.p., al delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione previsto dall'art. 289 *bis* c.p.

La questione era stata sollevata dinnanzi al Tribunale di Venezia, in riferimento agli artt. 3 e 27.1 e 27.3 della Costituzione i quali, sia pure da angoli di visuale diversi, prospettano l'esigenza di un'adeguazione del trattamento penale alle condizioni personali dell'agente, frustrata tanto dalla previsione di pene fisse quanto da pene sproporzionate verso l'alto poiché eccessivamente rigorose nel minimo edittale. Si osserva, infatti, come la norma censurata violerebbe i principi di ragionevolezza, di personalità della responsabilità penale della funzione rieducativa della pena, prevedendo per il sequestro di persona a scopo estorsivo, una risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza e tutta compresa verso l'alto – la reclusione da venticinque a trenta anni – non ragionevolmente proporzionata all'intera gamma dei fatti riconducibili al modello legale: risultando, quindi, «quasi una pena fissa».

In tale ottica si sottolinea quale dato dell'esperienza giudiziaria, che l'art. 630 c.p. si presta a qualificare penalmente anche episodi marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell'emergenza. In buona sostanza il modello legale si è venuto con il passare del tempo sempre più a rapportare con situazioni che, seppur tipiche, sono espressive di un disvalore non riconducibile all'interno della forbice edittale comminata, neppure ove considerata nel suo valore minimo.

⁴⁸ Cfr. in tal senso M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, cit., 88 s.

Ciò posto e considerato, il Giudice delle leggi si preoccupa - in prima battuta - di richiamare la propria giurisprudenza in ordine al sindacato di legittimità costituzionale sulla misura della pena. Si osserva, infatti, che al pari della configurazione delle fattispecie astratte di reato, anche la commisurazione delle sanzioni per ciascuna di esse è materia affidata alla discrezionalità del legislatore, in quanto involge apprezzamenti tipicamente politici. Le scelte legislative sono, pertanto, sindacabili soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione⁴⁹.

Sebbene, dunque, la sentenza dichiari di muoversi nel solco già tracciato dalla propria giurisprudenza risulta, tuttavia, *storica* in quanto innovativa e di "sostanziale rottura" con il passato⁵⁰: il tutto paradossalmente nel rispetto di un formale e dialogico equilibrio fra i poteri. La pronuncia, infatti, ritiene in maniera piuttosto inequivocabile del tutto irragionevole - in quanto sproporzionata verso l'alto - la pena edittalmente prevista dall'art. 630 c.p. ma al contempo riesce a non mettersi in conflitto diretto con il potere politico non intervenendo sulla comminatoria edittale della fattispecie incriminatrice (cosa che ci si sarebbe - stante le premesse - presumibilmente aspettati). Quanto appena sottolineato è stato reso possibile, di qui l'*irripetibilità* della pronuncia, poiché si coglie quella occasione tutta particolare rappresentata dalla circostanza attenuante della lieve entità prevista per il delitto di sequestro di persona a scopo terroristico.

Orbene, se da un lato il provvedimento adottato dalla Corte contiene una inequivocabile presa di posizione denunciando la sproporzione della cornice edittale prevista dall'art. 630 c.p. e, quindi, la sua inidoneità a coprire fatti concreti tra loro anche molto diversificati in quanto a disvalore; dall'altro riporta in armonia ed equilibrio il sistema per mezzo dell'estensione additiva della circostanza di cui all'art. 311 c.p.: vero e proprio *tertium comparationis* nel giudizio di proporzionalità tra disvalore del reato e pena⁵¹.

⁴⁹ Cfr. *ex plurimis* Corte cost. n. 161 del 2009; n. 324 del 2008; n. 22 del 2007 e n. 394 del 2006.

⁵⁰ L'unico vero precedente in tal senso è, infatti, rappresentato dalla nota sentenza n. 391 del 1994 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto per la fattispecie di oltraggio *ex art.* 341 c.p. La decisione in esame, infatti, pur confermato «il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale» e ribadito che «non spetta [...] alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie», richiama nondimeno il proprio compito di «verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza», e «di valutare la rispondenza della previsione contestata [...] segnatamente al principio di proporzionalità» (decisivo nel caso di specie per rilevare la irragionevole sproporzione del minimo edittale e i casi più lievi di oltraggio, anche in base al raffronto con il reato di ingiuria, previsto all'art. 594 c.p.).

⁵¹ L'irragionevolezza della previsione sanzionatoria è ricavabile dall'esame della disciplina complessiva di una stessa materia o di gruppi di materie collegate dall'affinità del bene giuridico tutelato. Il raffronto tra i vari tipi di reato, nonché il rapporto reciproco di specialità o di sussidiarietà tra le norme che tutelano interessi collegati offrono una gamma di sintomi sulla ragionevolezza della cornice edittale e, conseguentemente, sulla sussistenza dell'eccesso di potere legislativo. E' evidente l'irragionevolezza quando fattispecie incidenti sullo stesso bene di categoria siano trattate in modo radicalmente diverso ovvero quando

La Corte, nella sentenza in esame facendo leva sul principio di proporzione tra illecito e sanzione - quale ulteriore implicazione della ragionevolezza "intrinseca" - spostata, dunque, il proprio sindacato sull'equilibrio interno della fattispecie incriminatrice, ravvisando nella rigidità verso l'alto della risposta sanzionatoria, al pari della previsione delle pene fisse, la tendenziale «contrarietà al volto costituzionale» dell'illecito penale dal momento che si priverebbe così il giudice della possibilità di «individualizzare» il trattamento punitivo.

Pur tuttavia, ancora una volta in coerenza con i propri precedenti, la Corte arriva a confermare che il principio di eguaglianza, pur comportando un diverso trattamento dei distinti, non risulta compromesso da un'eventuale fissità (o quasi fissità) della pena, conservando in ogni caso il giudice la possibilità di graduarla tramite l'applicazione delle circostanze del reato⁵².

Orbene, il ragionamento - già peraltro opportunamente censurato da una autorevole dottrina⁵³ - finisce con il ravvisare nel sistema delle circostanze proprie e nello specifico nelle attenuanti indefinite una sorta di "valvola di salvezza" delle comminatorie sproporzionate in eccesso o addirittura previste in termini fissi⁵⁴. Si ritiene, infatti, che alla compressione del potere discrezionale del giudice nell'adeguare il trattamento sanzionatorio alla colpevolezza del soggetto agente e alle esigenze rieducative, facciano da contrappasso le attenuanti indefinite che, in virtù proprio della loro descrizione indeterminata, permetterebbero al giudice di incidere sulla pena editale scendendo al disotto dei limiti minimi da essa previsti. Nella sentenza n. 68 del 2012 si legge, infatti, senza mezzi termini che la «funzione assolta da detta attenuante - rientrando nel novero delle circostanze cosiddette indefinite o discrezionali (non avendo il legislatore meglio precisato il concetto di lievità del fatto) - consiste propriamente nel mitigare una risposta punitiva improntata a eccezionale asprezza che, proprio per questo, rischia di rilevarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale».

La suddetta argomentazione appare del tutto opinabile se non addirittura errata.

Così statuendo la Corte finisce, infatti, con il sovrapporre due momenti giuridicamente, ed ancor prima concettualmente, ben distinti, quali la comminatoria editale ed il sistema delle circostanze proprie del reato; nonché risulta fraintendere la funzione politica (o meglio *l'occasio legis*) delle circostanze indefinite con la loro autentica essenza funzionale. Basti osservare in tal senso come l'intervento delle circostanze proprie sia del tutto eventuale ed espliciti un adeguamento parziale della pena al caso concreto. Non solo, anche se si tratta di circostanze indefinite, queste devono essere espressive di un determinato valore che, sebbene non espressamente tipizzato, risulti nel caso concreto di particolare pregnanza e capace di incidere sulla cornice

fattispecie incidenti su beni giuridici di rango eterogeneo sono puniti con pene pressoché identiche. In questi casi la violazione del principio di precisione e di pregnanza della sanzione *ex art. 25.2 Cost.*, si ricollega anche alla violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

⁵² Principio quest'ultimo già ribadito nella sentenza della Corte costituzionale 15 maggio 1963 n. 67 e ribadito nei fatti dalla sentenza n. 68 del 2012.

⁵³ Cfr. in tal senso F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. 352 s.

⁵⁴ Cfr. in tal senso Corte costituzionale 15 maggio 1963, n. 67, in *Giur. cost.*, 1963, 575.

editale. Alle circostanze indefinite non è, infatti, corretto ricollegare una generica funzione di supplenza di sempre meno procrastinabili interventi legislativi volti a ridisegnare le ormai vetuste cornici editali. Queste assolvono, viceversa, una precisa funzione di individualizzazione giudiziale della pena onerando il giudice del compito di ricercare ed individuare gli elementi circostanziali propri nel caso di specie.

Ebbene, le circostanze del reato si sono rivelate ancora una volta quello strumento al contempo utile e duttile che ha permesso – in maniera non del tutto ortodossa – di attenuare un conflitto tra poteri dello Stato altrimenti inevitabile.

E' d'uopo poi osservare – tirando un po' le fila del ragionamento fin qui sviluppato – che con la sentenza n. 68 del 2012, il problema del potere discrezionale del giudice in tema di sanzioni penali, torna ad assumere piena dimensione costituzionale. E ciò non è di breve momento, malgrado le conclusioni a cui è pervenuta la decisione, tenuto conto dell'enorme rilievo che questo potere è venuto gradualmente assumendo. Dalla « pena tariffa » del codice rivoluzionario del 1791, strettamente aderente alla concezione meccanicistica dell'attività giudiziale, si è, infatti, passati nel codice napoleonico del 1810 ad un completo ripristino del carattere elastico della pena, tra un minimo ed un massimo legalmente prefissati, per ovviare alle gravi ingiustizie che la rigidità della pena aveva provocato; questa elasticità si è oggi venuta viepiù accentuando in piena rispondenza con i più moderni orientamenti criminologici. Risolvere pertanto il problema della legittimità costituzionale delle pene fisse o quasi fisse significa rintracciare, nella Carta Costituzionale, il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di certezza che connota anche, come s'è detto, il settore sanzionatorio e le ragioni d'ordine criminologico.

Tutto ciò posto e considerato risulta matura la seguente riflessione. Il significato dell'art. 25.2 Cost. che, nell'apparente rigidità della sua articolazione letterale, parrebbe precludere ogni potere discrezionale del giudice nella determinazione sia del tipo che del *quantum* di pena, si precisa alla luce dell'art. 27.3 Cost. e dell'esigenza rieducativa di cui esso è espressione. Ne deriva che un certo margine di elasticità nella durata editale della pena è non solo legittimo, ma bensì *costituzionalmente imposto*⁵⁵.

Quanto, poi, al *margine* di elasticità. Esso sembra, in linea di massima strutturabile attraverso un minimo ed un massimo editalmente prefissati. Non è, tuttavia, da escludere la piena conformità di uno *Strafrahme* che si limiti all'indicazione di un solo parametro (minimo o massimo), rinviando per l'altro ai limiti genericamente prefissati per ogni categoria di pene dalle disposizioni generali del codice penale. Trattasi di una articolazione del profilo sanzionatorio non del tutto infrequente: in questa prospettiva vanno ad esempio, inquadrati i casi di pena indicata esclusivamente nel minimo (es. art. 257 c.p.: «reclusione non inferiore ai quindici anni»; art.

⁵⁵ Se, dunque, il potere discrezionale del giudice è essenziale per il corretto funzionamento del sistema costituzionale – tanto da potersi dire essere costituzionalmente imposto – il principio di legalità, visto sotto il profilo della tipicizzazione, impone la predeterminazione per legge dei criteri assiologici su cui fondare il potere discrezionale, nonché la previsione di tipologie e di cornici sanzionatorie sufficientemente determinate ed esprimenti conformità e proporzione rispetto al disvalore del tipo di fatto.

575 c.p. pena della «reclusione non inferiore ad anni ventuno»), nei quali si registra solamente uno spostamento del minimo fissato in forma generale dagli art. 23 e 25 c.p., rispettivamente per la reclusione e per l'arresto, rimanendo, per contro, impregiudicato il massimo da esse stabilito⁵⁶.

Occorre da ultimo sviluppare qualche ulteriore considerazione critica in ordine alla previsione legislativa di una pena in misura fissa o mediante la predisposizione di una forbice edittale eccessivamente contratta⁵⁷.

Queste tecniche di previsione, come osservato precedentemente, finiscono con l'equiparare rigidamente *quod poenam* situazioni diverse ed in genere violazioni di diversa gravità, sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo. Si creerebbe così una sorta di "scollatura" sul piano quali-quantitativo tra la previsione astratta e i concreti fatti tipici realizzatisi nella realtà fenomenica, i quali non troverebbero in questa un adeguato, in quanto proporzionato, riconoscimento.

Appare, dunque, evidente come lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio d'uguaglianza sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore fra un massimo ed un minimo. In via di principio, invero, l'individualizzazione della pena in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza), quanto attinenti direttamente alla materia penale. Lo stesso principio di legalità delle pene, sancito dall'art. 25.2 Cost., dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali – come quelli indicati dall'art. 27.1 e 27.3 Cost. – ed in cui la attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità⁵⁸. Di qui il ruolo centrale, che nei sistemi penali moderni è proprio della discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge⁵⁹. L'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di eguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce, infatti, da un lato, a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27.1 e nello stesso tempo risulta essere strumento per la determinazione di una pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27.3 Cost.

Il principio di uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto

⁵⁶ Cfr. in tal senso F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. 361 s.

⁵⁷ Si tratta di forbici edittali nei margini fortemente contenute e con un tasso di elasticizzazione minimo. Queste possono, in maniera del tutto simile alle previsioni di pena fissa, essere tutte concentrate verso l'alto o verso il basso risultando inidonee in ordine al *quantum* di pena irrogabile a punire fatti tipici ma espressivi pur sempre di un disvalore non ragguagliabile e riconducibile a quanto legislativamente fissato.

⁵⁸ In tal senso vedasi in particolare la sent. n. 104 del 1968 della Corte Costituzionale.

⁵⁹ Cfr. art. 132 e 133 c.p. Si veda al riguardo anche la sentenza n. 118 del 1973 della Corte Costituzionale.

alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia ma anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale.

In questi termini, sussiste di regola l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento «individualizzato», «proporzionale», delle pene inflitte con le sentenze di condanna.

In linea di principio, dunque, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il «volto costituzionale» del sistema penale. Il dubbio d'illegittimità costituzionale dovrà essere, pertanto, discusso e superato caso per caso a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato⁶⁰.

La violazione del principio di precisione si verifica poi anche quando la cornice sanzionatoria sia eccessivamente dilatata o la previsione di tipi diversi di pena non sia accompagnata da criteri adeguati per la scelta discrezionale del giudice.

Quanto al primo profilo sopra richiamato che ai fini della nostra indagine interessa sicuramente maggiormente, occorre rilevare che ove le cornici edittali risultino eccessivamente ampie si viene a perdere il senso stesso della tipicità ed il disvalore identificativo peculiare da esso espresso.

Se i termini del principio di proporzionalità della pena sono dati dall'entità qualitativa della pena e dalla gravità del reato cioè dall'entità del suo contenuto di disvalore non risulta possibile consegnare al giudice una forbice edittale di pena divaricata tra un minimo ed un massimo eccessivamente distanziati capace di riflettere così i più svariati contenuti di disvalore. Solo la previsione di reati ben tipizzati potrà, infatti, consentire una risposta sanzionatoria proporzionata già nel momento della comminatoria legale. Sotto questo profilo la tipizzazione rivela, pertanto, il suo più profondo obiettivo e cioè quello di cristallizzare nella fattispecie un determinato modello di fatto proprio perché la multiforme varietà dei fatti storici ad esso corrispondenti risultano omogenei dal punto di vista del loro disvalore. In fondo, è proprio questa omogeneità di disvalore a fondare la base del tipo legale, della fattispecie astratta⁶¹.

⁶⁰ Come noto l'unica ipotesi di pena detentiva fissa prevista tanto nel codice penale quanto nelle leggi speciali è l'ergastolo: che costituisce, pertanto, una deroga alla necessaria elasticità della pena. Tuttavia, riguardo alla problematica di compatibilità costituzionale della fissità astratta ivi prevista non ci sembra che l'ergastolo possa dirsi incostituzionale sotto tale profilo. Non si può, infatti, escludere che esistano casi talmente gravi sotto il profilo oggettivo ed univoci sotto quello criminologico da esigere la massima sanzione. Il legislatore potrebbe, dunque, adottare l'ergastolo solo per casi che, oltre ad essere gravi oggettivamente, corrispondano ad un tipo e ad una costante criminologia sufficientemente univoca (si pensi ad esempio all'omicidio premeditato). Quanto, poi, nelle pene pecuniarie fise il discorso risulta sicuramente più complesso ed articolato.

⁶¹ Pene con una cornice edittale talmente ampia da rispettare solo formalmente il principio di legalità non sono, dunque, accettabili. In tal senso si può riportare una autorevole dottrina che affonda le radici della propria indagine in una pronuncia del 1992 della Corte Costituzionale, passata agli annali per essere stata la prima in cui si è dichiarata l'incostituzionalità di una pena, per violazione dell'articolo 25

In conclusione sul punto è d'uopo, dunque, osservare che il margine di elasticità incontra pur sempre un limite invalicabile. Esso deve essere, infatti, costantemente relazionato alla gamma di fattispecie concrete e alla tipologia soggettiva rapportabile alla significatività astratta del *Tatbestand*. La frattura di questo necessario rapporto può generare una pratica trasformazione del potere discrezionale del giudice in arbitrio e rendere solo apparente la determinazione del tipo di pena da parte della legge. Evidente il contrasto con il disposto di cui all'art. 25.2 Cost.

5.2.2 Fissità ed elasticità nelle variazioni di pena accordate dagli elementi circostanzianti: verso un diverso modello di legalità?

Come è agevole comprendere i problemi di maggior rilievo sul punto della legittimità costituzionale della pena fissa o di una forbice edittale eccessivamente rigida e contratta così da risultare «quasi fissa», si pongono in riferimento alla pena prevista dalla norma costitutiva; ma la questione può sorgere anche tutte le volte in cui l'aumento o la diminuzione della pena, per un reato circostanziato, sono predeterminati in misura fissa dal legislatore.

Come è noto, infatti, l'incidenza delle circostanze sulla pena-base avviene in due modi fondamentali: o per aumento (o diminuzione) predeterminato edittalmente dal legislatore; o per aumento (o diminuzione) frazionario che il giudice stesso deve operare sulla pena base nel rispetto del limite massimo fissato, rispettivamente, per le attenuanti e le aggravanti, dagli articoli 64 e 65 c.p.

Quanto alle circostanze a variazione proporzionale predeterminata edittalmente dal legislatore occorre osservare che queste si articolano a loro volta in tre diversi modelli.

Il primo consiste nella previsione espressa di una variazione di pena in termini fissi. E' il caso ad esempio degli artt. 99.1, 99.3 e 99.4 i quali rispettivamente per l'ipotesi di recidiva semplice, pluriaggravata e reiterata prevedono variazioni di pena predefinite tutte unilateralmente e univocamente da parte della disposizione normativa. Il giudice, individuata ai sensi dell'art. 132 e 133 c.p. la pena base per il reato semplice, provvede, dunque, "quasi fosse un automa" ad aumentare o diminuire la pena del *quantum* predeterminato rigidamente dal legislatore nella descrizione astratta dell'elemento circostanziale e rispetto al quale non ha alcun potere di modulazione. E' evidente come in tale ipotesi il potere discrezionale del giudice nell'individuare il trattamento sanzionatorio più adeguato al caso concretamente ve-

comma secondo, a causa dell'eccessiva discrezionalità rimessa al giudice. La decisione della Corte viene accolta con favore in quanto, data l'eccessiva ampiezza della cornice edittale sottesa al reato, "il giudice avrebbe finito per sostituire la propria valutazione personale (arbitraria) a quella del legislatore". Anche in questo caso emerge con chiarezza come il compito del legislatore sia quello di stabilire limiti edittali ragionevoli all'interno dei quali il giudice possa operare. Il potere discrezionale deve trovare nella legge i suoi limiti e criteri direttivi e conseguentemente la forbice edittale non deve eccedere il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri del 133. C. F. Grosso, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1474 ss.

rificatosi risulta essere fortemente contratto e confinato nel solo e diverso momento commisurativo in senso stretto volto all'individuazione della pena-base.

Il secondo modello che viene in esame si caratterizza anch'esso per l'individuazione legislativa di un unico parametro (solitamente quello massimo) di variazione della pena, ma, ed in ciò si diversifica dall'ipotesi precedentemente descritta, non in termini rigidi bensì elastici. Basti porre mente a titolo meramente esemplificativo all'elemento circostanziale – di relativamente recente conio – dell'«ingente quantità» previsto dall'art. 600 *ter*.5 in tema di pornografia minorile il quale stabilisce che «[...] la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi». In questo caso il legislatore vincola il giudice sotto due diversi profili. Da un lato l'interprete deve contenere l'individuazione della concreta variazione di pena all'interno del massimo legislativamente previsto dall'elemento circostanziale che, pertanto, non potrà essere mai oltrepassato; dall'altro il giudice deve comunque applicare una anche minima (in quanto corrispondente ad una unica unità di misura) variazione della pena-base in ottemperanza al principio di obbligatorietà che informa il sistema delle circostanze del reato. Il giudice, tuttavia, tra il minimo rappresentato dalla singola unità di misura (un giorno di detenzione o un euro di pena pecuniaria a seconda del genere di pena previsto dalla fattispecie semplice) ed il massimo eteroimposto dal legislatore è libero di orientare il proprio giudizio valutativo, volto a tradurre in termini numerico-quantitativi l'intensità di valore/disvalore espresso dalla circostanza nel caso concreto. Il modello appena descritto in realtà poco differisce da quella tecnica di variazione di pena che viene affidata nella individuazione del termine di variazione massimo alle statuizioni generali di cui all'art. 64 e 65 c.p. Ebbene, anche in questo caso i termini della variazione sono definiti dal legislatore ma non relativamente al singolo elemento circostanziale tipizzato (che sul punto nulla dice limitandosi solitamente alle seguenti espressioni «la pena è aumentata» o «la pena è diminuita»), bensì per rinvio alla disciplina generale dell'istituto delle circostanze del reato. Sempre in tale ottica occorre soffermare l'attenzione anche su quegli elementi circostanziali che presentano l'indicazione espressa del solo minimo di variazione, rinviando quanto al massimo alla disciplina generale *ex art.* 64 e 65 c.p. o ad altra disposizione normativa di parte speciale. Seppur tale tipologia di circostanze proprie non può dirsi certamente frequente (per un esempio si rinvia alla discussa figura della recidiva obbligatoria di cui all'art. 99.5 c.p.), è d'uopo osservare che si presta questa alle medesime considerazioni sviluppate per la tecnica precedentemente descritta. Una principale peculiarità è, tuttavia, rinvenibile: il legislatore così normando intende arginare il potere discrezionale del giudice privandolo della possibilità di assestare la variazione di pena su valori minimi o comunque al di sotto del *quantum* stabilito. Così statuendo, quindi, si realizza una ulteriore parziale compressione della discrezionalità commisurativa del giudice dando sfogo alle contrapposte istanze legalistiche volte alla « commisurazione legale » della pena. Sul piano valoriale tale indicazione di influenza quantitativa minima dell'elemento circostanziale implica una considerazione (di tipo presuntivo) già a livello legislativo astratto di una certa incidenza dell'elemento tipizzato che non può subire flessione alcuna.

Il terzo ed ultimo modello si caratterizza, infine, per l'indicazione da parte del legislatore nell'elemento circostanziante di entrambi i limiti massimo e minimo della variazione della pena base. Si tratta di uno schema modulare *intermedio ed ibrido* in quanto presenta al contempo sia alcune caratteristiche proprie del modello a variazione proporzionale fissa che di quello a variazione proporzionale elastica. Orbene, ad una prima e sommaria osservazione poco sembrerebbe cambiare rispetto al modello a variazione proporzionale elastica che muove da una singola unità di misura dello stesso genere della fattispecie base in più fino a raggiungere la variazione massima dettata dal calcolo frazionario legislativamente previsto (in maniera diretta o per rinvio alla disciplina generale): pur sempre di elasticità si tratterebbe ed a variare risulterebbero le sole misure minimo e massimo di volta in volta prese come riferimento. Ad una più attenta ed accurata riflessione, tuttavia, la previsione già e direttamente a livello legislativo di entrambi i limiti di variazione proporzionale sarebbe espressione di una diversa modulazione del rapporto tra legalità e discrezionalità. Va, dunque, rilevato che in talune ipotesi – seppur rare – il legislatore ha predisposto circostanze con variazione di pena proporzionale ed elastica il cui aumento o la cui diminuzione prende le mosse da un termine minimo iniziale diverso dallo zero. E' il caso ad esempio di una circostanza propria che preveda la variazione di pena da un minimo x (ad esempio un terzo) ad un massimo y (ad esempio la metà)⁶². A ben vedere, in tal caso si verrebbero a combinare gli aspetti propri delle circostanze con variazione proporzionale fissa ed elastica. Il legislatore, infatti, così statuendo assicurerebbe un *quantum* di minima incisione sulla pena-base, ma lascerebbe al contempo un pur sempre apprezzabile margine di operatività all'interprete. In altre parole si realizzerebbe una incisione sulla discrezionalità del giudice di tipo « relativo ». Da un lato, infatti, si priva il giudice della possibilità di “neutralizzare nei fatti”⁶³ la scelta di tipizzazione circostanziale o comunque di assestarsi al di sotto del valore di variazione minima eterofissato come inderogabile, dall'altro permetterebbe comunque all'interprete di adeguare, individualizzandola, la pena al concreto disvalore del fatto (circostanziato) posto in essere. Appare, dunque, evidente come la suddetta tecnica di strutturazione delle circostanze del reato sia volta alla ricerca di un equilibrio tra le istanze di legalità e quelle di discrezionalità in perenne tensione tra loro.

Ripercorsa e descritta nei tratti caratterizzanti la modellistica inerente alle circostanze a variazione di pena proporzionale edittalmente predeterminata dal legislatore, è necessario soffermare l'attenzione, al fine di esaminarla nei suoi risvolti critici, sulla tecnica normativa fondata sull'aumento (o diminuzione) predeterminato in misura fissa. Questa può, infatti, sollevare qualche dubbio di natura costituzionale nella prospettiva dell'art. 3 e 27 Cost.

⁶² In tal senso basti porre mente alla disciplina dettata dall'art. 625 *bis* c.p. «Nei casi previsti dagli articoli 624, 624 *bis* e 625 la pena è diminuita da un terzo alla metà qualora il colpevole, prima del giudizio, abbia consentito all'individuazione dei correi o di coloro che hanno acquistato, ricevuto o occultato la cosa sottratta o si sono comunque intromessi per farla acquistare, ricevere od occultare».

⁶³ Questo in definitiva l'effetto ove venisse accordata la variazione di una unica unità di misura di pena detentiva e/o pecuniaria.

Preliminarmente occorre, tuttavia, analizzare, al di là del meccanismo matematico di incisione sulla pena base, quali sono le istanze sottese e, pertanto, quale è il significato più profondo del suddetto modello.

La previsione di una variazione della pena in termini fissi è sicuramente la tecnica che ha meglio contraddistinto (tanto «numericamente», quanto «significativamente») i recenti interventi normativi di stampo securitario ed emergenziale che si sono succeduti negli ultimi anni. Si è voluto così, infatti, attuare una politica che potremmo definire di *stampo legalistico*, volta ad annullare o comunque contenere il più possibile la discrezionalità giudiziaria. Per mezzo della variazione fissa il legislatore esprime, infatti, in modo unilaterale il peso di incidenza dell'elemento circostanziale sul *quantum* di pena attuando una presunzione assoluta in ordine alla sua capacità incisiva. Quest'ultimo viene nei fatti sottratto al potere valutativo del giudice che avrebbe potuto "funzionare" da contropinta e nel caso concreto condurre ad una sostanziale (ove si assestasse su di una variazione minima della pena base) vanificazione della scelta legislativa.

Stante le suddette valutazioni occorre, però, effettuare una doverosa precisazione che attiene alla "plausibilità" del ricorso da parte del legislatore all'utilizzo della tecnica di variazione proporzionale fissa in relazione agli elementi circostanziali e la sua compatibilità con i principi costituzionali in materia penale.

Il parametro di valutazione è costituito ancora una volta dall'art. 27.3, 27.1 e 3 Cost.

Orbene, quanto alla prima disposizione costituzionale richiamata occorre osservare che attribuendo questa alla pena una funzione rieducativa si sollecita il giudice ad una conoscenza *diretta* (come avviene, peraltro, in sede di fissazione della pena base per mezzo del disposto di cui all'art. 133.2 c.p.) e non meramente *mediata* dal fatto, della personalità dell'agente affinché la pena risulti così adeguata alle caratteristiche della personalità e della pericolosità del soggetto ed avere una durata tendenzialmente commisurata alle esigenze del trattamento⁶⁴. Ebbene, se l'esigenza appena sottolineata appare evidente in relazione alle circostanze c.d. *indefinite* e *sogettive*, dove una indagine in ordine alle peculiarità della personalità e della pericolosità del reo appare imprescindibile in quanto sostanziale lo stesso giudizio di sussistenza dell'elemento circostanziale (basti porre mente ad esempio all'aggravante comune dei motivi abietti o futili di cui all'art. 61 n. 1 c.p., che necessita, come noto, una puntuale indagine sulla causa psichica della condotta e sul complesso di bisogni, impulsi e sentimenti che hanno indotto il soggetto ad agire), lo stesso non può, tuttavia, affermarsi in relazione alle circostanze c.d. *oggettive*. Basti porre mente a titolo esemplificativo alla circostanza aggravante del numero delle persone di cui al primo

⁶⁴ Si è in tal senso precisato che anche in relazione agli elementi circostanzianti è necessario cogliere in concreto la reale dimensione del disvalore del fatto, tenendo conto della personalità dell'autore, seppure con un procedimento inverso rispetto a quello caratterizzante la commisurazione in senso stretto. Nelle circostanze si fa, intatti, capo al reo per meglio illuminare il fatto; mentre, per contro, nella determinazione della pena base ex art. 133 c.p. si procede dal fatto per giungere ad una ricostruzione diretta del tipo d'autore. Cfr. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 387 ss.

comma dell'art. 112 c.p., in tema di concorso di persone nel reato, oppure all'attenuante anch'essa comune dell'aver cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4 c.p.). Ebbene, nei suddetti esempi risulta del tutto superflua una indagine in ordine alla personalità del soggetto agente rilevando, infatti, altri aspetti oggettivi - appunto - quali l'entità del danno in relazione alle concrete possibilità economiche della persona offesa od il mero dato numerico dei concorrenti. Orbene, in relazione a quegli elementi circostanziali che appaiono strettamente connessi ed imperniati su dati oggettivi fenomenici del fatto storico di reato (c.d. circostanze proprie oggettive) a nostro avviso è preclusa ogni indagine diretta in ordine alle caratteristiche della personalità e della pericolosità del soggetto agente. I suddetti elementi si fondano, infatti, su dati meramente oggettivi che, seppur rimessi ad una valutazione del giudice, prescindono da qualsiasi indagine diretta in ordine al reo. Tali circostanze non ponendo in gioco direttamente la personalità dell'agente esulano, dunque, dalla sfera di operatività dell'art. 27.3 Cost.: di qui la piena legittimità degli aumenti di pena secondo una misura fissa. Limitando il campo di indagine alla sola disposizione costituzionale in esame si può, dunque, ritenere che la fissità della variazione della pena non sia compatibile rispetto alle circostanze del reato soggettive ed indefinite, ma non anche per quelle oggettive che, non necessitando di alcun adeguamento in senso rieducativo, ben possono esprimersi in variazioni di pena fisse.

Quanto, invece, al principio costituzionale del *nullum crimen sine culpa*, sancito dall'art. 27.1 Cost., vede questo quale sua ulteriore proiezione l'espressione dell'esigenza di un adeguamento della sanzione penale alle condizioni personali dell'agente; da intendersi, in un'ottica retribuzionistica, come adeguamento alla misura di colpevolezza o di rimproverabilità del reo. Ne discenderebbe, dunque, l'incostituzionalità delle circostanze del reato a variazione di pena fissa, dal momento che non si consentirebbe così di modellare adeguatamente la risposta punitiva alle caratteristiche del caso concreto e più precisamente al concreto disvalore dell'elemento circostanziale integrato dal reo.

Quanto, infine, alle esigenze sottese al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ed il limite che questo rappresenta alla previsione di variazioni di pena fissa, è d'uopo osservare che questo vincola il legislatore non solo ad un pari trattamento degli uguali ma, altresì, ad una diversificazione dei distinti, o almeno, data l'impossibilità di un perenne e completo adeguarsi del diritto al fatto, di ciò che è *ragionevolmente* differenziabile⁶⁵. Il principio di eguaglianza tende, dunque, ad assimilarsi all'esigenza di giustizia, di cui esso è sicuramente emanazione⁶⁶. Quanto al nostro tema di indagine ne consegue l'incostituzionalità di ogni pena fissa anche relativamente alla materia delle circostanze del reato, non permettendo la rigidità della medesima alcun adattamento alle peculiarità del caso concreto. Una eliminazione

⁶⁵ Cfr. in tal senso F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 391.

⁶⁶ Fondamentale in proposito è lo studio dall'Esposito (C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, 1954, 17 ss.)

delle misure fisse di aumento o diminuzione sembrerebbe, dunque, auspicabile in nome di una più rigorosa razionalizzazione del principio di eguaglianza, inteso nella sua ampia accezione, ossia come assoluta differenziazione dei distinti.

Pur tuttavia, nonostante i principi sopra richiamati e le conseguenze che questi implicherebbero in ordine alla fissità della variazione della pena, occorre osservare che a nostro avviso ancora una volta non si può far discendere in maniera automatica e necessitata l'incostituzionalità dei suddetti elementi circostanziali e, con essa, la necessità di bandirli dall'ordinamento giuridico penale.

La tecnica di variazione di pena fissa potrà avere, infatti, margini di plausibilità, peraltro, - e questo è il punto - maggiori rispetto a quanto osservato per le fattispecie incriminative semplici.

Prima di affrontare le argomentazioni a sostegno dell'assunto *de quo* occorre effettuare due precisazioni preliminari di centrale importanza e non sempre scontate tanto in giurisprudenza quanto in dottrina.

In primis i principi costituzionali di eguaglianza, proporzione e rieducazione che, come visto, condurrebbero - quantomeno in una loro integrale e testuale valorizzazione - ad una tendenziale estraneità dal sistema penale di quelle variazioni di pena previste in termini fissi, trovano la medesima dignità ed operatività tanto rispetto agli elementi costitutivi, quanto a quelli accessori del reato e ciò poiché si tratta di «principi-cardine» del sistema penale nel suo complesso inteso: nessuna preclusione o attenuazione aprioristica appare, dunque, plausibile.

In secondo luogo, è d'uopo rilevare come abbia in definitiva senso parlare di principi costituzionali di diritto penale solo in una ottica *dialettico-informatrice* del sistema. Ciò significa che i postulati in questione devono essere verificati e "messi alla prova" in relazione ai diversi istituti che di volta in volta vengono in gioco, così da metterne in rilievo le eventuali particolarità di declinazione. L'osservazione appena mossa acquisisce ancora maggiore corroborazione proprio rispetto alle circostanze del reato stante la loro differenziata natura e disciplina.

Ciò posto e chiarito, è necessario cercare di capire - e, quindi, spiegare - il perché il sistema delle circostanze del reato ci pone di fronte ad una, seppur parziale, diversa declinazione dei principi costituzionali sopra richiamati. E più specificamente perché la previsione di variazioni di pena fissa accordata dalle circostanze del reato acquista maggiore plausibilità di utilizzo rispetto alla identica rigida previsione prevista dalla fattispecie semplice.

Orbene, a nostro avviso le ragioni non sono da ricercare, come invece la giurisprudenza anche costituzionale sembra fare⁶⁷, in una valutazione per così dire «complessiva» del trattamento sanzionatorio irrogabile al reo. In buona sostanza, più o meno velatamente, l'impostazione in esame ritiene che le indefettibili esigenze di graduazione proporzionale della pena irrogabile al reo, in relazione ad un reato circostanziato la cui variazione di pena è stata prevista in termini fissi, sarebbero pie-

⁶⁷ Cfr., fra tutte, C. Cost. n. 67 del 15 maggio 1967 e n. 50 del 1980. Più recentemente vedasi, infine, C. Cost. n. 251 del 2012.

namente soddisfatte, dal momento che il giudice gode pur sempre di un margine di valutazione discrezionale e, quindi, della possibilità di irrogare una pena differenziata ed adeguata al concreto disvalore del fatto complessivamente posto in essere.

Tale argomentazione, seppur suggestiva, ci pare, tuttavia, inaccettabile poiché viene a fondarsi su di una sostanziale sovrapposizione fra il momento commisurativo in senso stretto e quello in senso lato. L'idea di fondo che sembra animare la suddetta impostazione appare essere, infatti, la seguente: il momento commisurativo giudiziale altro non è che un giudizio *unitario e sintetico*, ove le eventuali rigidità dell'elemento circostanziale fisso possono essere ben "calmierate" da una pena base che si orienti sui minimi edittali previsti dalla fattispecie semplice.

Ebbene - al di là del fatto che spesso la giurisprudenza si assesta pressoché automaticamente e acriticamente sul minimo edittale vanificando così le considerazioni appena svolte le quali presuppongono un giudizio valutativo complessivo volto a smussare le rigidità dell'aumento sanzionatorio fisso - così argomentando si viene a confondere pericolosamente giudizi e relative funzioni afferenti ad istituti e momenti cronologico-qualitativamente differenti. Le esigenze di graduazione relative all'elemento circostanziale sono volte, infatti, alla commisurazione quanti-qualitativa dello stesso elemento e di esso solo, al fine di coglierne la reale ed effettiva intensità di valore/disvalore come questa si è concretata nel fatto storico.

Un esempio potrebbe essere chiarificatore. Ove la circostanza aggravante comune del danno di rilevante gravità nei delitti contro il patrimonio fosse strutturata in maniera fissa, comportando ad esempio la variazione di pena di 1/3 (e non fino ad 1/3 come in realtà è previsto all'art. 64 c.p.), il furto di centomila euro ai danni di una persona facoltosa verrebbe equiparato - quanto al trattamento sanzionatorio apportato dall'elemento accessorio - al furto dello stesso importo nei confronti di una persona rispetto alla quale tale cifra rappresenti, invece, tutti i suoi averi frutto dei risparmi di una vita di sacrifici.

Si badi bene che la commisurazione in senso stretto non può dare rilievo a tale elemento differenziale, poiché essendo stato legislativamente tipizzato in una circostanza propria non ne è ammessa la valutazione nel diverso momento commisurativo infraedittale: pena la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

L'esempio sopra ripercorso dimostra, dunque, come il ritenere la pena comunque adeguabile e proporzionabile rispetto alla peculiare intensità con cui si è manifestato l'elemento circostanziale - e ciò per mezzo della determinazione della pena base - si fondi su di un vero e proprio "errore giuridico".

Nella fase della commisurazione infraedittale il giudice non può né deve, infatti, tenere conto e valorizzare nel quantificare la pena di quegli elementi eletti, in quanto oggetto di specifica tipizzazione, rappresentati dalle circostanze proprie. Le circostanze del reato necessiteranno, pertanto, di una apposita, autonoma nonché distinta graduazione, al fine di tradurre in termini numerico-quantitativi il concreto valore/disvalore espresso.

Ciò criticamente rilevato, si ritiene matura la riflessione in ordine a quella che appare essere la "reale" argomentazione che rende sul piano teorico-astratto costitu-

zionalmente compatibile – seppur con i temperamenti e le cautele del singolo caso - la variazione di pena accordata in termini fissi dall'elemento circostanziale.

La suddetta tecnica di previsione potrà, infatti, esser utilizzata relativamente a elementi circostanzianti che per loro natura si prestino a esaurirsi in una ben determinata tipologia fenomenica, così da rendere superflue, in quanto non necessarie, ulteriori indagini sull'intensità valoriale della loro concreta manifestazione.

Si impone, dunque, una indagine del singolo elemento circostanziale tanto sul piano quantitativo che su quello qualitativo-valoriale.

La valutazione del “peso” attribuito all'elemento circostanziale, essendo stata effettuata una volta per tutte dal legislatore in astratto con la stessa predisposizione dell'elemento normativo - attuando così una presunzione assoluta di capacità incisiva sul *quantum* sanzionatorio che prescinde dalla concreta manifestazione dello stesso – necessita di una puntuale e ponderata riflessione. La suddetta operazione non può, infatti, ritenersi rimessa nell'arbitraria disponibilità del giudice, ma deve riguardare elementi suscettibili di essere inquadrati in un determinato valore o disvalore poiché frutto di una manifestazione per così dire “standardizzata”. Devono cioè avere la tendenza a manifestarsi pressoché sempre negli stessi termini di intensità e in relazione a determinati reati⁶⁸.

Si badi bene, la suddetta precisazione finisce con il restringere notevolmente l'ambito di utilizzabilità della tecnica di variazione di pena fissa anche nella materia delle circostanze del reato e spinge verso un'attenta analisi empirico-casistica dell'elemento. Attenta riflessione questa che richiede termini di indagine medio-lunghi ed un ponderato confronto dialettico nella sua elaborazione. Tutto ciò appare, tuttavia, oggi essere dimenticato da un legislatore sempre meno attento al bilanciamento delle contrapposte esigenze in quanto primariamente interessato a far fronte ad istanze securitario-emergenziali spesso di stampo emblematico-populistico.

E', infine, necessario osservare che la fattispecie circostanziata di reato, frutto del combinarsi fra gli elementi costitutivi necessari della fattispecie incriminatrice semplice e quelli accessori, potrebbe presentare - proprio per effetto della suddetta combinazione normativa - una eccessiva dilatazione delle forbice edittale. Circostanze con variazioni di pena eccessivamente ampie non sono, infatti, accettabili poiché in contrasto con il principio di legalità e di necessaria definizione disvaloriale del tipo. Più precisamente, l'eccessiva ampiezza della variazione di pena finirebbe con il sostituire la valutazione del giudice a quella del legislatore e sfilacciare il rapporto con il tipo base di riferimento. Una mutazione (seppure astratta) dei margini edittali così radicale che si muove nel segno dell'ampliamento a dismisura del potere dosimetrico-quantitativo del giudice finisce, dunque, per recidere ogni rapporto fra fattispecie semplice e fattispecie circostanziata e contraddire così la stessa idea di accessorietà. Per rendersi conto di quanto appena osservato basti porre mente, ad esempio, ad una circostanza ad efficacia comune aggravante che importi la variazione della pena

⁶⁸ A nostro avviso, infatti, le circostanze comuni non possono essere configurate nei termini della fissità.

fino a due terzi. Il potere discrezionale *quantitativo* del giudice sarebbe in questa ipotesi incrementato a dismisura e potrebbe dare luogo ad una pena finale quasi doppia rispetto a quella massima astrattamente prevista per la fattispecie semplice. Conseguentemente, anche il disvalore della nuova fattispecie di reato (c.d. circostanziata) risulterebbe raddoppiato. Ebbene, in materia di circostanze del reato bisognerebbe evitare tale eccessiva dilatazione, dal momento che porta con se stessa una dissoluzione del disvalore in cui deve pur sempre identificarsi e rapportarsi l'elemento circostanziante.

5.3 Le circostanze *discrezionali* e la corroborazione della discrezionalità *qualitativa* di tipo «individuatorio-di relazione»

Le «circostanze *discrezionali*», che - come noto - si contrappongono alle obbligatorie dal momento che presuppongono e non pretermettono la necessità di una valutazione discrezionale del giudice in ordine agli elementi normativamente previsti per descrivere la circostanza, presentano interessanti spunti per una riflessione sul potere discrezionale.

Nella tipologia di circostanze in esame, infatti, il legislatore individua solo parzialmente la fattispecie circostanziante e rimette al giudice il compito di definirla attraverso una valutazione del caso concreto. In altre parole, il potere legislativo conferisce all'interprete il ruolo di valutare l'elemento tipicizzato al fine di individuare se nel caso concreto il valore/disvalore di cui questo è portatore si sia realmente manifestato e, conseguentemente, la circostanza sia stata integrata.

Ebbene, con il modello disciplinare *de quo* il giudice viene investito di un potere altamente discrezionale *qualitativo* di tipo «individuatorio-di relazione». Dal suo accertamento, che non è operazione meramente meccanica ma qualitativo-valutativa di ricerca del valore/disvalore a cui il legislatore ha inteso subordinare l'aumento o la diminuzione della pena, dipende la dichiarazione della circostanza ed il prodursi dei suoi effetti.

Al giudice, dunque, è attribuito un potere di completamento della scelta legislativa che si muove attraverso l'analisi del caso concreto ed è pur sempre guidato dal dato testuale della norma. Attività altamente discrezionale, pertanto, quella rimessa nelle mani del giudice. Sebbene, infatti, questi si debba muovere pur sempre sul segmento di fattispecie definito dal legislatore, la dichiarazione di sussistenza o meno dell'elemento circostanziante viene fatta dipendere da un accertamento discrezionale del giudice.

Quale, dunque, la funzione ricoperta dai suddetti elementi?

La disciplina appena esaminata finisce sicuramente con l'esaltare il ruolo e l'attività del giudice in una ottica di tipo discrezionale-qualitativo, operando direttamente sul piano determinativo della fattispecie circostanziata ed indirettamente su quello commisurativo della pena. Più precisamente, assolvendo il potere discrezionale giudiziario una funzionalità di « completamento » della scelta legislativa, questi concorre alla individuazione dell'elemento circostanziante solo parzialmente tipicizzato. L'apporto definitorio del giudice concorre con quello del legislatore nel deter-

minare la fattispecie circostanziate. Conseguenza inevitabile di quanto appena osservato è che, stante il principio di obbligatorietà dell'applicazione della circostanza, il potere giurisdizionale discrezionale riconosciuto dalla struttura disciplinare in esame finisce con il riverberare i propri effetti – e quindi a svolgere una funzione – anche sul piano commisurativo della pena. Funzione di determinazione giudiziale della fattispecie e funzione di commisurazione giudiziale della pena vengono pertanto a combinarsi assieme sul singolo istituto.

5.4 Le circostanze attenuanti generiche fra discrezionalità quantitativa e discrezionalità qualitativa di tipo «para-normativo»

Nel presente paragrafo è nostro obiettivo analizzare come le istanze legalistiche e quelle sottese alla corroborazione del potere valutativo-discrezionale del giudice siano espresse dalla disciplina di cui all'art. 62 *bis* c.p. che costituisce, come noto, il modello più rilevante di circostanze indefinite presente nell'ordinamento.

Più precisamente, è d'uopo osservare che le attenuanti generiche, in quanto circostanze *proprie* a variazione *elastica* ma allo stesso tempo *indefinite*, pongono particolari questioni problematiche.

Ebbene, è doveroso rilevare fin da subito che in tale categoria circostanziale l'istanza discrezionale sia preminente rispetto a quella legalistica. Il giudice può/deve, infatti, non solo operare la variazione proporzionale ed elastica della pena, ma anche andare ad individuare l'elemento circostanziale senza che il legislatore predisponga i "binari" entro cui questo deve muoversi⁶⁹. Viene così riconosciuta in capo al giudice una discrezionalità, non più solo di tipo meramente *numerico-quantitativo*, bensì e soprattutto di carattere *valoriale-qualitativo* con connotazione *para-normativa*. Il legislatore, in definitiva, mette nelle mani del giudice la possibilità di ravvisare nel caso concreto i termini e gli elementi in base ai quali valutare se necessario procedere ad una diminuzione della pena con efficacia extraeditale.

E' in questa particolare categoria di circostanze, quindi, che quel fondamentale equilibrio tra legalità e discrezionalità - di cui la dottrina più volte si è preoccupata di evidenziare la grande importanza⁷⁰ - viene messo maggiormente a rischio, dato l'evidente squilibrio a favore della discrezionalità e a danno del legalismo.

Di tutto ciò è facile rendersi conto ove si ponga mano al testo dell'art. 62 *bis* c.p. ed in particolare al primo alinea del primo comma. Tuttavia, è altresì vero che nel corso degli anni, mediante i numerosi interventi che hanno interessato la disposizione in esame, sono state inoculate nella stessa norma anche elementi frutto di istanze legalistiche, cosicché oggi all'interno dell'art. 62 *bis* c.p. finiscono per convivere – sebbene con importanza diversa – discrezionalità e legalità.

⁶⁹ Cosa quest'ultima che caratterizza, invece, le circostanze discrezionali, come osservato nel paragrafo precedente e diffusamente nel capitolo secondo, paragrafo 7.3.

⁷⁰ A. R. Latagliata, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 347 ss., l'Autore più volte si preoccupa di sottolineare l'importanza che nessuno dei due principi soverchi l'altro.

Al fine di rendersi conto di quanto appena osservato ed apprezzare questo interessante fenomeno di modulazione delle diverse istanze occorre analizzare puntualmente la disposizione *de qua* in ogni suo comma.

Al primo comma, prima alinea, dell'articolo 62 *bis* c.p. per mezzo dell'espressione « il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena » si caratterizza il ruolo e l'attività dell'organo giudiziario in termini fortemente discrezionali. Si tratta di un tipo di discrezionalità che soverchia in modo evidente quella *quantitativa* accordata normalmente alle circostanze proprie a variazione elastica. E', dunque, una discrezionalità diversa, di tipo *valutativo-valoriale*, grazie alla quale il giudice si sostituisce al legislatore nell'identificare cosa è rilevante come elemento circostanziale e cosa, invece, non lo è. Si tratta più precisamente, secondo il lessico utilizzato nel presente lavoro, di una discrezionalità *qualitativa* di tipo *para-normativo*.

L'istanza legalistica non si fa, però, attendere a lungo ed interviene nell'alinea successivo a quello appena esaminato. Si afferma, infatti, che « [e]sse [le molteplici circostanze attenuanti generiche eventualmente individuate dall'organo giudiziario in relazione al singolo caso concreto] sono considerate in ogni caso [...] come una sola circostanza ». E' questa - per usare l'espressione coniata dal Bricola⁷¹ - la c.d. *reductio ad unum* e cioè l'obbligo da parte del giudice di considerare come una sola circostanza (*id est* l'attenuante generica) l'eventuale pluralità di valori positivi che il caso concreto presenta e che non sono riconducibili alle circostanze attenuanti tipizzate dal legislatore nel codice. E' evidente come questa rappresenti una contropinta legalistica all'ampio potere discrezionale concesso al giudice nel primo alinea della disposizione e ciò al fine di evitare un numero potenzialmente indefinito di diminuzioni della pena base che trasformerebbe la pena edittale in una sanzione praticamente indeterminata. A questo primo "argine" contenitivo della discrezionalità nel disposto normativo di cui all'art. 62 *bis* c.p. si sono poi aggiunti nel tempo quelli contenuti nei commi secondo e terzo.

Nonostante le suddette contropinte legalistiche, le attenuanti generiche si confermano come la categoria di circostanze che lascia maggior margine di libertà al giudice data la combinazione di una discrezionalità di tipo sia *quantitativo* (riposta nell'elasticità della variazione di pena), sia *qualitativo*, (data l'assenza di individuazione legislativa dell'elemento). Le circostanze indefinite permettono, infatti, al giudice di individuare lui stesso, attraverso un'attività che potremmo definire valutativo-discrezionale, non solo il *quantum* di pena da fare reagire sulla pena-base, ma anche l'elemento circostanziale estrapolandolo direttamente dal caso concreto, senza, quindi, quell'opera di "mediazione legislativa" calata dall'alto che, invece, rappresenta la regola nel sistema (legalistico) delle circostanze del reato.

Ripercorrendo sinteticamente quanto fin qui osservato, affinché il giudice possa, dunque, giungere alla concessione delle attenuanti generiche è necessario che com-

⁷¹ F. Bricola, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, cit., 64.

pia tutta una serie di valutazioni alquanto complesse che possono essere scandite in quattro differenti momenti.

Più precisamente, in un primo momento l'interprete dovrà osservare il fatto storico penalmente rilevante *hic et nunc* verificatosi alla ricerca di uno o più elementi espressivi di un disvalore tale da non esaurire i propri effetti nel solo orientamento commisurativo infraeditale, ma che sia in grado di connotare in termini più "radicali" la fattispecie rideterminando in astratto la comminatoria editale. Ebbene, è d'uopo rilevare che è come se il consueto passaggio (tradizionalmente ritenuto proprio dell'istituto delle circostanze del reato caratterizzandole così quale *trait d'union* tra previsione astratta e fatto concreto) dalla fattispecie astratta al caso concreto subisse in presenza di una circostanza indefinita o generica una netta inversione: il giudice, infatti, procedendo dal caso concreto costruisce (sostanzianandola) la fattispecie circostanziata astratta.

In un secondo momento, che si caratterizza per essere in netta contrapposizione con il precedente, il giudice è chiamato a *ridurre ad uno* i più elementi circostanzianti atipici (tutti astrattamente meritevoli di sfondare il minimo editale) eventualmente individuati. Orbene, questa operazione logica di tipo sintetico rappresenta a ben vedere una finzione giuridica che finisce con il dare vita ad una alterazione forzosa del "naturale" procedimento commisurativo in senso lato, che dovrebbe vedere la pari valorizzazione di tutti gli elementi circostanzianti con i soli limiti previsti dagli artt. 67 e 69 c.p. La sintesi imposta dall'art. 62 *bis* c.p. deve, dunque, leggersi come una chiara contropinta volta a contenere l'ampio potere discrezionale accordato dal primo alinea della norma al giudice, con conseguente - seppur parziale - riaffermazione del vincolo legalistico. Le scelte politico-legislative effettuate dal legislatore nella individuazione delle cornici editali delle singole fattispecie incriminatrici rischierebbero, infatti, ove non operasse la limitazione in esame una possibile e quasi incontrollata torsione nella prassi applicativa giudiziaria: di qui la necessità di porre un argine contenitivo al potere discrezionale del giudice.

Il terzo momento caratterizzante il processo applicativo delle circostanze generiche risulta anch'esso caratterizzato dall'operatività di una importante restrizione nel segno della legalità. L'art. 62 *bis*.3 c.p. impone, infatti, al giudice un preciso divieto di concedere le generiche sulla base della sola incensuratezza. L'assenza di precedenti condanne può - a seguito della novella del 2008 - essere, pertanto, valutata solo quale uno degli elementi per la concessione delle suddette attenuanti e non come la motivazione esclusiva per la suddetta concessione. Ebbene, chiara la limitazione al potere valutativo-discrezionale del giudice che è così chiamato da un lato ad effettuare una indagine più approfondita del fatto di reato e dall'altro a dare puntuale conto in motivazione del procedimento logico-argomentativo seguito.

Infine, il quarto ed ultimo momento del processo di concessione dell'attenuante generica è nuovamente caratterizzato dal conferimento al giudice del potere discrezionale. Questi può, infatti, far oscillare la pena da una singola unità di misura in meno della pena base fino ad un terzo. Tale elasticità nel variare la pena implica il conferimento in capo al giudice di un potere discrezionale di tipo *quantitativo*. Più precisamente, l'interprete verificherà quale capacità incisiva sulla pena e sul disvalo-

re del fatto può avere il singolo elemento circostanziante a seconda della sua intensità concretamente manifestata e valutata.

Una volta delineati i suddetti aspetti ed il loro rapporto tensivo, è necessario interrogarsi sulla funzione che tale particolare discrezionalità sottesa alle generiche assume. Ebbene, a ben vedere questa si compone di due diverse sfaccettature. Da un lato, le attenuanti generiche mirano – per mezzo della loro istanza discrezionale *quantitativa* – a realizzare una «commisurazione giudiziale della pena». In particolare rilievo appaiono a tal fine essere considerate, infatti, le istanze di individualizzazione e proporzione. Dall'altro lato, poi, queste – per mezzo della loro istanza discrezionale *qualitativa* di tipo *para-normativo* – mirano alla realizzazione di una «determinazione giudiziale della fattispecie» sostanzialmente libera. E', infatti, qui il giudice a plasmare l'elemento circostanziante e, quindi, a dare vita alla fattispecie circostanziata frutto della sua combinazione con gli elementi costitutivi del reato semplice. Gli unici criteri direttivi che probabilmente sono identificabili per il giudice appaiono quelli riconducibili alle finalità della pena, le quali costituiscono al contempo *scopo* e *limite* dell'attività commisurativa a cui, pertanto, ogni giudice deve attenersi. A parte ciò, però, la situazione che sembra delinarsi nella prassi è quella che una autorevole ed attenta dottrina⁷² ha definito di «autogoverno» dei giudici. Con tale fortunata espressione si è voluto evidenziare come tale potere discrezionale sia affrancato da ogni vincolo legalistico e, quindi, fundamentalmente libero.

In conclusione, dunque, «commisurazione giudiziale della pena» e «determinazione giudiziale della fattispecie» appaiono le due anime funzionali specificamente ricoperte dall'istituto delle circostanze attenuanti indefinite e ciò nonostante le novelle legislative degli ultimi anni abbiano cercato di inoculare nel dettato normativo di cui all'art. 62 *bis* c.p. - e, quindi, nel suo processo logico-applicativo - dei limiti e delle presunzioni di stampo eminentemente legalistico.

5.4.1 L'estrinsecazione della discrezionalità *qualitativa* di tipo *para-normativo* nella prassi giurisprudenziale. I parametri considerati con maggiore frequenza in sede di valutazione delle generiche

Particolarmente interessante per comprendere a fondo l'istituto di cui all'art. 62 *bis* c.p. è l'analisi di come concretamente si viene a definire nella pratica giurisprudenziale l'esercizio della discrezionalità *qualitativa* di tipo *para-normativo* propria di queste.

Ebbene, gli elementi della fattispecie di reato che in maniera prevalente, sebbene non esclusiva, la giurisprudenza considera per la valutazione in merito alla concessione o meno delle generiche, sono distinguibili in tre macro-categorie.

1) Tra gli elementi a cui l'opera dei giudici guarda con maggior attenzione vi sono sicuramente quelli relativi all'analisi della *persona* e della *personalità* del reo. Più precisamente, per quanto riguarda la persona del reo, gli elementi che con maggiore

⁷² A. Vallini, *Circostanze del reato*, cit., 59.

frequenza emergono dalla prassi giurisprudenziale sono quelli che attengono alle condizioni economiche e di bisogno, all'arretratezza culturale, allo stato emotivo, alle alterazioni della psiche non configuranti un vizio di mente totale o parziale, alla giovane età, all'età senile, al disturbo borderline, allo stato di stanchezza, all'azione di sostanze stupefacenti o all'ubriachezza, alla vanità, alla condizione di straniero o di clandestino senza fisso lavoro o fissa dimora e quindi in stato di emarginazione sociale⁷³.

Vi sono poi elementi che permettono al giudice di analizzare la personalità del reo per trarne elementi positivi o negativi in merito alla sua capacità a delinquere ed in questo senso si distinguono fattori *ante e post delictum*: gli elementi valutabili *ante delictum* possono essere ad esempio il buon ambiente familiare, il buon lavoro, il buon andamento scolastico, l'emarginazione sociale⁷⁴. Ma è nella identificazione degli elementi *post delictum* che la giurisprudenza in questo senso si "sbizzarrisce". Innanzitutto si analizza il comportamento successivo al reato ma antecedente al processo (ad esempio il fatto che il soggetto, pur essendo stato scoperto, non sia scappato è indice che va ad incidere positivamente sulla valutazione della sua personalità), ma soprattutto è il comportamento durante il processo che nella prassi è fonte di molteplici elementi di valutazione sia in positivo che in negativo. Vi è comunque contrasto in dottrina e giurisprudenza sulla possibilità o meno del giudice di tener conto, in senso negativo per la personalità del reo, dell'esercizio da parte del soggetto di alcune sue facoltà processuali, come il diritto al silenzio o alla menzogna, che evidentemente non hanno carattere "collaborativo" nei confronti dell'organo di giustizia⁷⁵. Elementi frequenti relativi al comportamento processuale del soggetto sono ad esempio la buona condotta processuale, la confessione⁷⁶, la collaborazione con l'autorità inquirente⁷⁷, lo stato di latitanza (naturalmente in senso negativo) ma non

⁷³ Venafro sostiene che sia possibile concedere le generiche nel caso in cui il reo si rappresenti e voglia realizzare delle azioni sotto l'influenza e la spinta perturbatrice di circostanze concomitanti che, per esperienza, affievoliscono la normale dominabilità di quei processi psichici. Cfr. E. Venafro, *Le circostanze comuni di natura patrimoniale* (artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p.: gli aspetti maggiormente problematici), in *Studium Iuris*, 200, 1266 ss.

⁷⁴ Lombardo aggiunge a tale categoria anche i precedenti penali, che da soli non bastano per concedere le generiche ma bastano per negare, lo status di recidivo, che di per sé non ostacola la concessione delle generiche ma può essere motivo di diniego, e la particolare intensità del dolo, considerata un valido elemento per negare le generiche. M. Lombardo, voce *Circostanze*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 87 ss.

⁷⁵ Sostengono la tesi della illegittimità della considerazione di tali elementi in senso negativo per il soggetto R. Lopez, *Le attenuanti generiche e il silenzio dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1121 ss. e F. Tagliarini, *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola positiva*, 1968, 133 ss., Venafro invece afferma che la giurisprudenza maggioritaria sostiene che l'imputato sia libero di scegliere la linea difensiva che preferisce ma che il giudice comunque possa trarre considerazioni da tali scelte ai fini della valutazione della personalità dell'imputato. Cfr. E. Venafro, *Le circostanze comuni di natura patrimoniale* (artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p.: gli aspetti maggiormente problematici), cit., 1267.

⁷⁶ Che però Lombardo specifica debba essere spontanea e completa, non utilitaristica né consistente in una mera presa d'atto delle prove ineluttabili dell'accusa. M. Lombardo, voce *Circostanze*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 87 ss.

⁷⁷ Che sempre Lombardo specifica non debba essere meramente neutra o inerte. M. Lombardo, voce *Circostanze*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 87 ss.

quello di contumacia⁷⁸, in generale ogni altra situazione di manifesto ravvedimento quando non sia configurabile l'attenuante di ravvedimento operoso, il risarcimento parziale per impossibilità economica del reo⁷⁹, il risarcimento posteriore all'apertura del dibattimento (tutti questi casi di risarcimento del danno civile incidono positivamente sulla valutazione della personalità del reo evidentemente non in un senso collaborativo con la giustizia, perché ai fini del processo penale il risarcimento del danno civilistico non ha nessun rilievo, bensì in un senso quasi "compositivo-stragiudiziale" il cui destinatario è direttamente la persona offesa dal reato).

La grande attenzione che la giurisprudenza dimostra per la persona e la personalità del reo è probabilmente dovuta al fatto che la maggior parte delle circostanze attenuanti tipizzate dal legislatore (tra cui soprattutto quelle comuni dell'articolo 62 c.p.) attengono al fatto di reato piuttosto che alla figura del reo e ciò è sicuramente dovuto alla maggiore difficoltà che il legislatore riscontra nel cogliere le varie sfaccettature del reato da un punto di vista soggettivo piuttosto che oggettivo. In questo senso, infatti, le attenuanti generiche sono state chiamate da una parte della dottrina circostanze "personalissime".

2) La seconda macrocategoria è ravvisabile in quelle situazioni che mancano di qualche elemento perché si possa configurare una causa di giustificazione vera e propria e che come tali sono chiamate circostanze "quasi-scriminanti". In questi casi particolari il legislatore non prevede una eliminazione del carattere della anti giuridicità del fatto ma riscontra che comunque vi è una sua attenuazione di cui il giudice può tener conto riconoscendo le generiche. Oltre alle ipotesi c.d. di cause di giustificazione "orfane" di un elemento essenziale per la propria configurazione (ad esempio il consenso dell'avente diritto, la legittima difesa e lo stato di necessità), una autorevole dottrina⁸⁰ ritiene che vi si possa aggiungere anche le giustificanti speciali a cui manca qualche requisito e fa espresso riferimento alla minore gravità o inevitabilità del nocumento, ad un rapporto di parentela più lontano di quello del "prossimo congiunto" (in riferimento all'ipotesi dell'articolo 307 c.p.), ad un semplice ma stretto rapporto di amicizia (in riferimento all'ipotesi dell'articolo 384 c.p.) ed infine all'esistenza di un obbligo puramente morale (in riferimento all'ipotesi dell'articolo 242 c.p.). Parte minoritaria della dottrina⁸¹ sostiene poi che rientrino tra le ipotesi di possibile concessione delle generiche anche le attenuanti definite quando manchino di alcuni gli elementi necessari alla loro configurazione.

⁷⁸ In tal senso vedi E. Venafro, *Le circostanze comuni di natura patrimoniale (artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p.: gli aspetti maggiormente problematici)*, cit., 1267.

⁷⁹ Secondo Massa la specificazione della "impossibilità economica" è rilevante in quanto se, ad esempio, la parzialità fosse dovuta a una trascuratezza da parte del reo, non sarebbe in tal caso rinvenibile una valutazione positiva della sua personalità, è quindi sempre necessario che il giudice verifichi in concreto il significato dell'elemento oggetto di valutazione. Cfr. Massa, *Le circostanze generiche*, cit., 124.

⁸⁰ A. Malinverni, voce *Circostanze*, cit., 68 ss.

⁸¹ Cfr. E. Venafro, *Le circostanze comuni di natura patrimoniale (artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p.: gli aspetti maggiormente problematici)*, cit., 1268.

Probabilmente la previsione di questa macro-categoria di “circostanze quasi-scriminanti” fa emergere con maggior forza la *ratio* sostanziale sottesa alla previsione delle generiche e cioè quella che le vuole come circostanze eccezionali e quindi come strumenti creati per colmare le varie lacune che nel concreto l’ordinamento continua a presentare.

3) Infine, l’ultima macro-categoria concerne quelle circostanze che attengono all’offesa e che quindi una volta verificatesi comportano una minor gravità o dannosità del fatto di reato⁸². A questa categoria attengono tutti elementi di carattere oggettivo quali ad esempio il danno modesto ma non lievissimo⁸³, il concorso del fatto colposo della vittima⁸⁴. Si è soliti aggiungere poi il risarcimento parziale del danno nonché non sono elementi valutabili per negare la concessione delle generiche né l’elevata gravità del reato né l’elevata gravità del fatto.

Da questa ultima categoria di elementi è ricavabile tutta la difficoltà che il legislatore riscontra nel determinare il rilievo che deve essere corrisposto a quel fatto di reato che non oltrepassa del tutto, o comunque non in modo uniforme, quella linea disposta dal legislatore stesso oltre la quale ha previsto una specifica pena sottesa ad uno specifico disvalore predeterminato. In tal senso è dunque necessario permettere al giudice di analizzare in concreto le varie sfumature dannose del fatto per corrispondergli un corretto disvalore non predeterminabile in astratto. Emerge quindi, ancora una volta, la *ratio* sostanziale sottesa alla previsione delle attenuanti generiche.

5.5 Il giudizio di prevalenza o di equivalenza fra circostanze eterogenee ex art. 69 c.p.

Particolare rilievo ed importanza nella materia delle circostanze del reato è ricoperta dall’istituto del concorso eterogeneo. L’art. 69 c.p. ha, infatti, da sempre rappresentato il fulcro del sistema della commisurazione della pena (come vedremo non solo in senso lato) e ciò in forza degli effetti a catena che l’esito del giudizio di bilanciamento produce e della pressoché costante sua operatività⁸⁵. Proprio per tali ragioni è stato, dunque, questo il centro di interesse privilegiato da parte di quel legi-

⁸² Malinverni parla di “modalità che destano scarso allarme sociale” e anche Diglio segue la stessa impostazione catalogandole come “circostanze attenuanti l’azione relative a modalità operative di scarso allarme sociale”. A. Malinverni, voce *Circostanze*, cit.

⁸³ Sempre il Malinverni in tal senso rileva che non opera l’attenuante tipica del danno di speciale tenuità in quanto il danno si è rilevato comunque modesto oppure rilevante ma di lieve pregiudizio per la persona offesa date le sue ottime condizioni economiche. Cfr. A. Malinverni, voce *Circostanze*, cit.

⁸⁴ Malinverni precisa che il fatto della vittima deve comunque consistere in un contributo causale alla verificazione dell’evento o anche solo in un aggravamento delle conseguenze del reato quali il danno, nel primo caso la vittima deve aver agito con colpa mentre nel secondo caso anche con dolo. A. Malinverni, voce *Circostanze*, cit.

⁸⁵ Quasi sempre, stante anche il fatto della concessione sistematica e indistinta delle generiche nella prassi giurisprudenziale, il fatto di reato è pluricircostanziato concorrendo elementi tra loro eterogenei.

slatore che volesse incidere profondamente con le proprie riforme sul sistema della commisurazione della pena.

Ebbene, ciò rilevato occorre osservare che le novelle legislative che hanno inciso sulla disciplina della norma in esame si possono distinguere in due macro gruppi: quelle che intervengono *direttamente* sul testo dell'art. 69 c.p. ed hanno una portata, quindi, generale; e quelle che interessano il giudizio di valenza solo in via *indiretta*, avendo come obiettivo primario la predisposizione di un particolare assetto disciplinare relativamente ad un determinato elemento circostanziale che riverbera poi - in seconda battuta - i propri effetti sull'art. 69 c.p.

Appare evidente come la prima categoria di interventi sia sicuramente più significativa ed al contempo problematica della seconda e ciò in forza degli effetti "generalizzati" che questa produce.

In particolare modo occorre sottolineare fin da subito come siano due le riforme normative che hanno inciso direttamente sul disposto normativo di cui all'art. 69 c.p.: la riforma dell'aprile del 1974 attuata dal d.l. 99 e la successiva legge n. 251 del 2005 (sebbene in questo caso si limitino gli effetti della novella a particolari tipologie di circostanze). Tali riforme sono sicuramente le più rilevanti sul tema oggetto di trattazione e presentano tendenze ed obiettivi diametralmente opposti fra di loro. Vi sono, tuttavia, altri interventi normativi che nel disciplinare specifici elementi circostanziali si interessano indirettamente anche del disposto normativo ex art. 69 c.p., incidendovi pur sempre però limitatamente alla circostanza di volta in volta presa in considerazione.

Ciò precisato, si impongono alcune più puntuali riflessioni sull'evoluzione subita dalla disciplina del concorso eterogeneo di circostanze concentrandosi in particolare modo sulle riforme strutturali che hanno interessato l'art. 69 c.p. (ed in particolar modo quella attuata dal d.l. 99 del 1974) e rinviando ai paragrafi successivi l'analisi di quelle più settoriali.

Ebbene, diversamente dal codice penale Zanardelli in cui il concorso eterogeneo di circostanze era disciplinato da rigide regole aritmetiche⁸⁶, nell'impianto originario del codice Rocco veniva prevista la possibilità per il giudice di procedere discrezionalmente al giudizio di bilanciamento attraverso una valutazione *qualitativa* del peso delle diverse circostanze, con la possibilità della dichiarazione di prevalenza delle aggravanti (art. 69.1 c.p.) o delle attenuanti (art. 69.2 c.p.) o della loro equivalenza. Restavano comunque escluse dal giudizio di bilanciamento le sole circostanze ad *efficacia speciale* e quelle *inerenti alla persona del colpevole*.

Il giudizio così strutturato assolve in pieno alla funzione di individualizzazione giudiziale della pena al caso concreto e, come si evince dalla lettura della Relazione

⁸⁶ L'art. 29.3 c.p. stabiliva, infatti, un ordine nella computazione delle circostanze: per prime le aggravanti e successivamente le circostanze attenuanti (in ogni caso avrebbero dovuto essere applicate in ultima istanza le circostanze inerenti l'età, il vizio di mente, le attenuanti generiche e la recidiva. Per un commento ai limiti di alle meccanismo si veda G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, cit., 7 ss.

ministeriale⁸⁷, è «un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato»: il giudice dovrà, infatti, procedere ad una valutazione *unitaria ed integrale* dell'episodio criminoso, che consenta il pieno rispetto del principio di proporzione tra la pena da comminare ed il fatto criminoso. La previsione dell'obbligatorietà della valutazione comparativa delle circostanze eterogenee viene giustificata dalla Relazione ministeriale e confermata dalla giurisprudenza e dalla dottrina successive quale requisito imprescindibile per garantire la funzione di adeguamento della pena al caso concreto, attraverso una valutazione integrale della personalità del colpevole e dell'entità dei fatti realizzati.

Nell'impianto originario del codice del 1930, come è noto, rimanevano escluse, dunque, dal giudizio di bilanciamento sia le circostanze ad effetto speciale sia le circostanze inerenti alla persona del colpevole (inerenti all'imputabilità e alla recidiva). Tali deroghe alla disciplina dell'art. 69 c.p. erano giustificate evidenziando l'eterogeneità delle ipotesi rispetto alle altre circostanze ad efficacia comune stante la previsione di una autonoma sanzione e il riferirsi a condizioni soggettive dell'autore⁸⁸. Tuttavia, tale motivazione, a parere di una autorevole dottrina⁸⁹, contraddiceva la funzione riconosciuta al giudizio di bilanciamento: per raggiungere l'obiettivo del miglior adattamento della pena al caso concreto, nel rispetto dei principi di personalità, di proporzionalità della pena e di offensività, il giudice deve procedere ad una valutazione unitaria del fatto, estendendo la sua valutazione anche ai profili relativi alla personalità del reo.

L'esclusione dalla valutazione comparativa delle circostanze ad efficacia speciale, motivata anche essa sulla eterogeneità rispetto alle altre ipotesi circostanziali, aveva suscitato minori perplessità anche in relazione alla particolare funzione che veniva riconosciuta a questa particolare tipologia di circostanze. Si evidenziava⁹⁰, infatti, come l'esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze ad efficacia speciale trova giustificazione nel fatto che in alcune ipotesi di reato circostanziato si incontra una valutazione della rilevanza del fatto del tutto analoga a quella degli elementi costitutivi di un'autonoma fattispecie penale. Il legislatore ha optato, pertanto, per la creazione di circostanze, aggravanti o attenuanti, a variazione di pena indipendente o autonoma per fare fronte a pressanti esigenze di incriminazione attraverso la previsione di pene del tutto autonome. Con l'estensione del giudizio di bilanciamento si sarebbe potuto, dunque, correre il rischio di vedere vanificata tale valutazione legislativa a cui, in definitiva, si sarebbe sostituita una valutazione discrezionale del giudice, Valutazione discrezionale che, in assenza di linee e di criteri guida per il giudice nella fase della pena avrebbe potuto al limite raggiungere gli estremi dell'arbitrio.

⁸⁷ Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale, vol. I, 123 ss.

⁸⁸ Cfr. Relazione al progetto preliminare del codice penale, I, 124 ss.

⁸⁹ A: M: Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 131 ss.; G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, cit., 3 ss.

⁹⁰ Cfr. A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 161 ss.; R. Bertoni, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., 1361 ss.; G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, cit., 5 ss.

Nel 1974, dopo una serie di infruttuosi tentativi, con il d.l. n. 99, convertito nella legge n. 220 del 1974, venne attuata una riforma che, seppur limitata sul piano sostanziale (ovvero gli interventi investono letteralmente pochi articoli del codice penale), ha rappresentato una “innovazione radicale” della funzione del giudizio di prevalenza o di equivalenza attraverso l’estensione della disciplina del bilanciamento anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e alle circostanze ad effetto speciale. Tale intervento era giustificato dall’intento del legislatore di porre rimedio al rigorismo sanzionatorio che caratterizzava alcune fattispecie di frequente verifica-zione, in cui la pena appariva sproporzionata rispetto all’entità dei fatti e alla personalità del colpevole. Le ipotesi in cui tale sproporzione era più evidente erano quelle del furto aggravato (art. 625.2 c.p.) e di resistenza a pubblico ufficiale aggravata (art. 339 c.p.), in cui, nonostante il riconoscimento delle attenuanti generiche, non poteva essere applicata a un soggetto non recidivo la pena della reclusione inferiore ai due anni.

La previsione della possibilità per il giudice di ricomprendere nella sua valutazione comparativa anche le circostanze inerenti la persona del colpevole e quelle ad effetto speciale era sembrata la soluzione più idonea al fine di attenuare il rigore sanzionatorio e di riequilibrare la funzione del giudizio di bilanciamento: solo con l’eliminazione delle deroghe alla disciplina dell’art. 69.4 c.p. il giudizio di bilanciamento poteva svolgere appieno la funzione riconosciuta anche dalla Relazione ministeriale, di adeguamento della pena al fatto concreto attraverso un giudizio complessivo ed unitario del fatto e della personalità del reo.

La riforma del 1974 è stata oggetto di diverse interpretazioni relative alle possibili “sconvolgenti” conseguenze sull’intera sistematica del diritto penale. In una visione di insieme la dottrina - ed al contrario della giurisprudenza - si è attestata su una posizione di netta critica nei confronti dell’ampliamento del potere discrezionale del giudice che viene ancora reso più esasperato dall’assenza di criteri normativi per distinguere le circostanze aggravanti e i reati autonomi e per l’assenza di criteri guida per la comparazione delle circostanze. Tale atteggiamento critico si riscontra anche a solo un anno di distanza dall’approvazione in chi a buon titolo potrebbe essere definito quale il padre ispiratore della riforma: l’estensione del giudizio di bilanciamento avrebbe, infatti, dovuto avere carattere provvisorio e temporaneo in attesa di una riforma che investisse il settore del diritto penale speciale, attraverso un ripensamento dei limiti edittali⁹¹. L’effetto più eclatante della riforma del 1974 si manifesta in relazione alle circostanze ad effetto speciale, in cui è prevista una pena di specie diversa rispetto a quella ordinaria o comunque determinata in misure indipendente: la loro esclusione trovava giustificazione nel fatto che alla previsione di una cornice edittale autonoma o di tipo diverso corrispondeva una diversa valutazione del tutto analoga a quella degli elementi costitutivi di una autonoma fattispecie penale. L’opzione legislativa di costruire circostanze, aggravanti o attenuanti, ad effetto speciale con la previsione di pene del tutto autonome risponde ad esigenze di prevenzione generale.

⁹¹ G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall’evento*, cit., 3 ss.

Con l'estensione del giudizio di bilanciamento si verifica concretamente la possibilità di vanificare tale valutazione legislativa a cui, in definitiva, si sostituisce una valutazione discrezionale del giudice. In assenza di linee e criteri guida nella fase di commisurazione della pena il potere discrezionale potrebbe al limite raggiungere agli estremi dell'arbitrio.

La riforma del 1974, pur limitata sul piano formale (ovvero la mera eliminazione della particella negativa "non"), ha rappresentato un'innovazione radicale del sistema penale italiano. Innovazione che ha modificato il volto del giudizio di prevalenza e di equivalenza delle circostanze di segno diverso stravolgendone l'essenza e il contenuto e "trasformandolo" da giudizio sul singolo episodio criminoso ad una valutazione complessiva sulla figura soggettiva del reato.

Ciò doverosamente chiarito in ordine alla evoluzione normativa della disciplina del giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* occorre ora osservare che questo viene ad operare in una fase *antecedente* rispetto alla commisurazione giudiziale della pena. Tale osservazione non sempre messa in evidenza e riflettuta adeguatamente in dottrina, appare di centrale importanza per una profonda comprensione dell'istituto⁹². Più precisamente, l'art. 69 c.p. serve, dunque, *in limine* a stabilire quale modello commisurativo il giudice deve seguire nelle operazioni di commisurazione in senso stretto ed in senso lato alle quali si accinge. Non si tratta a ben vedere, infatti, di compiere scelte in termini di incidenza *quantitativa* sulla pena concreta, ma di riportare il concorso eterogeneo ad omogeneo e decidere, conseguentemente, quali elementi debbano essere considerati e valutati come circostanze proprie e quali, invece, "soccombendo" retroagiscono ad indici di commisurazione della pena infra-dittale.

Da tali considerazioni emergono, dunque, due elementi imprescindibili per la corretta comprensione funzionale dell'istituto e cioè: il momento di operatività prodromico rispetto alle operazioni commisurative; il fatto che il giudizio (eventuale) di prevalenza non implica l'eliminazione degli elementi di segno opposto ma la loro regressione a circostanze improprie.

5.5.1 La funzione del giudizio di equivalenza o di prevalenza fra commisurazione giudiziale della pena e determinazione giudiziale della fattispecie

Come osservato nel precedente paragrafo, una analisi funzionale dell'istituto del concorso eterogeneo di circostanze non può che tenere in considerazione e rilievo la modifica attuata dal d.l. n. 44 del 1974, il quale ha dato spazio e plausibilità di verifica accanto alla ipotesi tradizionale del concorso eterogeneo di circostanze ad efficacia comune anche a quella del concorso eterogeneo di circostanze ad efficacia speciale.

⁹² Il solo che mette debitamente in rilievo tale circostanza in dottrina appare essere G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 193 ss.

Tale distinzione appare particolarmente significativa anche sul piano funzionale, dal momento che circostanze ad efficacia comune e circostanze ad efficacia speciale (come diffusamente osservato nel capitolo secondo) assolvono ad una differente funzionalità. La loro contemporanea considerazione all'interno del concorso eterogeneo implica, dunque, il sorgere di particolari problematiche venendo a coesistere nella medesima disposizione due eterogenee funzionalità.

Ciò posto occorre, dunque, analizzare separatamente le suddette ipotesi, dal momento che non ci appare né opportuno, né possibile tentare una ricostruzione unitaria dell'istituto.

A. Per quanto concerne la funzione ricoperta dal concorso eterogeneo di *sole* circostanze ad *efficacia comune* occorre prendere le mosse dalla tradizionale affermazione che questo assolve una funzione di individualizzazione della pena ad opera del giudice. Tale considerazione veniva sviluppata principalmente alla luce di quella "dichiarazione di intenti" effettuata nella Relazione al progetto definitivo del codice Rocco. In tal senso si diceva, infatti, che per mezzo del giudizio di bilanciamento il giudice è chiamato (*rectius* obbligato) a compiere una valutazione di *sintesi* e *complessiva* in ordine alla gravità del reato e alla personalità del reo, così da cogliere una preminente accentuazione di disvalore o di valore del fatto di reato. In tale ottica l'istituto verrebbe, dunque, a muoversi nel senso della corroborazione della funzione di « commisurazione giudiziale della pena ». Il giudizio di prevalenza o di equivalenza è stato (e lo è tutt'oggi) perlopiù, pertanto, considerato uno strumento di commisurazione della pena al caso concreto e la discrezionalità che lo caratterizza veniva sostanzialmente equiparata, sia nelle finalità che nei fondamentali punti di riferimento normativi, al potere attribuito al giudice dagli artt. 132 e 133 c.p.⁹³

Rispetto a tale interpretazione funzionale assolutamente maggioritaria sia in dottrina che in giurisprudenza, non sono, tuttavia, mancate talune osservazioni e prese di posizione – anche autorevoli – critiche, che hanno cercato di evidenziare l'*incoerenza logica*, se non addirittura l'*iniquità* della disciplina contenuta nell'art. 69 c.p. Le suddette impostazioni critiche sono solite ruotare attorno a due nodi argomentativi altamente problematici fondamentali. In primo luogo, si osserva che la disposizione che disciplina il concorso eterogeneo di circostanze è *illogica* poiché difetta sia di coerenza "esterna" rispetto al meccanismo operativo del concorso omogeneo *ex art. 63 c.p.* improntato all'aritmetismo, sia di coerenza "interna" in quanto l'esito del giudizio nel senso della prevalenza è improntato a criteri differenti rispetto a quello dell'equivalenza: l'uno è, infatti, *sintetico* e l'altro *analitico*. In secondo luogo, si osserva che l'art. 69 c.p. risulterebbe *iniquo* poiché l'effetto di soccombenza da questo contemplato sarebbe in contraddizione con la stessa idea di sintesi, nonché con la scelta elettiva effettuata dal legislatore. Non si terrebbe, infatti, di conto di un elemento espressamente tipizzato dal legislatore (o individuato dal giudice nel caso

⁹³ Cfr. in tal senso fra tutti G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 194 e 196 ss.; *contra* invece A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, cit., 124 ss. Il quale ne ravvisa una funzione di commisurazione legale della pena.

di circostanza indefinita) concretamente verificatosi nel caso concreto con tutta la propria carica valoriale o disvaloriale. La mancata applicazione delle circostanze soccombenti comporterebbe, dunque, un assoluto difetto di considerazione di importanti profili attinenti alla gravità del reato o alla personalità dell'agente. Si osserva, inoltre, che specialmente quando la differenza fra i valori contrapposti sia relativa e marginale appare veramente difficile comprendere la ragione di tale eliminazione sancita *ex* 69 c.p. «il non tenere conto volta a volta delle attenuanti o delle aggravanti, si riduce rispettivamente a una gratuita indulgenza e a una gratuita severità»⁹⁴ A ben vedere, quindi, la pressa di posizione sulla funzione dell'istituto assunta dai compilatori e puntualmente ricalcata dall'interpretazione dottrinale e giudiziale⁹⁵ sarebbe lungi dal fornire una soddisfacente spiegazione, ma contraddirebbe la soluzione prescelta. L'esigenza di favorire una valutazione integrale ed organica dell'episodio delittuoso e della personalità del reo avrebbe dovuto, infatti, raccomandare al contrario una valutazione complessiva di tutte le circostanze in concorso eterogeneo, non diversamente da quanto si verifica nella commisurazione della pena per il reato semplice secondo lo schema dell'art. 133 c.p. Non sarebbe, quindi, corretto sostenere che attraverso il giudizio di prevalenza, si colga *in sintesi* il disvalore dell'illecito: «la sintesi infatti è composizione di entità distinte in una dimensione logica complessiva, non già il dato residuo di un processo di selezione e di eliminazione»⁹⁶. Seconda la suddetta impostazione argomentativa l'effetto di elisione sarebbe, pertanto, in contrasto con l'idea stessa di *sintesi* che implica una contemporanea presa in considerazione di tutti gli elementi.

Le suddette critiche, ben argomentate e suggestive sono, tuttavia, a nostro avviso fallaci perché prendono le mosse e si alimentano sulla base di concetti incompleti (quale quello di funzione *esclusiva* di commisurazione giudiziale della pena) e caratteristiche erroneamente investigate (quale quella della soccombenza).

Procedendo nella disamina e precisazione dei suddetti profili occorre *in primis* osservare che il giudizio di prevalenza non produce alcun effetto di elisione o cancellazione dell'elemento circostanziale soccombente. Questo, infatti, non “soccombe”, ma “degrada” a circostanza impropria e trova conseguentemente considerazione nella successiva fase della determinazione della pena-base, dalla quale sarebbe stato - per contro - estromesso in caso di sua ritenuta prevalenza. Si può, peraltro, osservare che l'elemento degradato, essendo dotato di una più specifica e marcata consistenza rispetto alle circostanze già originariamente improprie cui viene a concorrere a seguito della retrocessione, acquisterà rilievo preponderante nella individuazione dell'ammontare provvisorio di pena, orientandola in direzione opposta a quella delle

⁹⁴ Così M. Boscarelli, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei «vizi tecnici» del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1256 s.

⁹⁵ Questa formulazione, che risale come visto alla *Relazione sul progetto definitivo*, cit., 123, ricorre pressoché invariata nella tradizionale interpretazione della dottrina e della giurisprudenza: in proposito si veda l'approfondita indagine di A. M. Stile, *Il giudizio di prevalenza*, cit., spec. cap. I.

⁹⁶ Cfr. in tal senso G. Maini, *Principio di legalità*, cit., 155.

circostanze di fronte alle quali ha dovuto cedere nel giudizio di bilanciamento⁹⁷. Alla luce della suddetta precisazione, occorre osservare come l'idea di *sintesi* comunemente ritenuta sottesa al giudizio di bilanciamento sia in definitiva rispettata e conseguentemente le critiche mosse sul punto non corrette. La retrocessione della circostanza soccombente alla fase di determinazione della pena-base permette, infatti, al relativo fattore di esplicitare pienamente la sua efficacia sulla pena, salvo il successivo intervento modificativo della circostanza prevalente. Si produce, insomma, quella sapiente distinzione e combinazione fra i momenti commisurativi, diretta a consentire il contemporaneo ed autonomo rilievo di una pluralità di valori contrapposti, che costituisce l'essenza del fenomeno circostanziale⁹⁸.

In secondo luogo, occorre effettuare una precisazione in ordine alla funzione riconosciuta all'istituto di «commisurazione giudiziale della pena», la quale si porrebbe in netto ed illogico contrasto con la funzione di «commisurazione legale della pena» assolta invece dalla disciplina del concorso omogeneo di circostanze.

Ebbene, prima di procedere nella suddetta analisi funzionale e al fine di comprenderne a fondo le caratteristiche occorre soffermare l'attenzione e l'indagine sulla *ragione* di tale divergenza. Comunemente in dottrina si ritiene che la motivazione che ha spinto il legislatore verso l'abbandono di un modello *meccanicistico-aritmetico* nel computo della pena in favore di uno *sintetico* risiederebbe nella volontà di evitare una «eccessiva formalizzazione» del processo commisurativo⁹⁹. Tale obiettivo si cercherebbe così di realizzare attraverso la predisposizione di taluni correttivi, che stabiliscono un più soddisfacente equilibrio tra componenti “intuitive” e componenti “razionali” della commisurazione della pena. In particolare si osserva che se le circostanze contrapposte appaiono perfettamente bilanciarsi ad una valutazione preliminare sarebbe inutile mettere in opera il relativo meccanismo, per giungere, a seguito della considerazione analitica, a risultati non dissimili da quelli cui condurrebbe l'ordinario procedimento commisurativo. Ecco allora profilarsi la disciplina del giudizio di equivalenza, con la conseguente riduzione di tutte le circostanze concorrenti al rango di generici criteri di commisurazione. Discorso analogo varrebbe poi per l'ipotesi in cui, sempre ad una considerazione preliminare, le circo-

⁹⁷ La possibilità di utilizzare le circostanze soccombenti ai fini della individuazione della pena-base, è stata riconosciuta da G. Marini, *Le circostanze*, cit., 253; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 200, con la differenza che il primo autore ne ammette comunque una doppia valutazione, mentre il secondo no.

⁹⁸ E' d'uopo, infine, rilevare che altri autori ritengono, invece che, alla mancata considerazione delle circostanze soccombenti, possa porsi rimedio solo nel momento successivo, attribuendo cioè loro rilevanza ai fini della quantificazione della variazione indotta dalle circostanze prevalenti. Ritenendo diversamente si finirebbe con il violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale. Più radicale è invece la posizione di alcuni autori ancora che, invece, ritengono l'unico effetto possibile essere quello della soccombenza *tout court*. Fare regredire l'elemento a circostanza impropria significherebbe, infatti, considerarlo due volte prima come circostanza propria (per il bilanciamento) e poi come impropria. Cfr. in tal senso fra tutti in particolare G. Maini, *Principio di legalità*, cit., 156.

⁹⁹ Cfr., fra tutti, G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 202 s.; A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 24 ss.

stanze di un certo segno appaiono prevalenti sulle altre. Ove si applicassero contemporaneamente gli aumenti e le diminuzioni, si verrebbe certo ad una più precisa determinazione della pena. Tuttavia, se l'aggravante o l'attenuante di minore consistenza retrocede ad ruolo di circostanza impropria il sostrato di fatto di commisurazione della pena base risulterà arricchito di un fattore dotato di significato opposto a quello della circostanza prevalente con la conseguenza che, in sede di determinazione dell'ammontare provvisorio di pena, potrà approssimativamente compensarsi l'incidenza che altrimenti l'elemento in questione avrebbe esercitato, ove avesse mantenuto il rango di circostanza propria.

Pur tuttavia, ad una approfondita analisi dell'istituto non appare essere questo il suo fondamento sostanziale e ciò poiché quelle prese in considerazione dall'art. 69 c.p. non sarebbero affatto operazioni complesse, stante anche il fatto che poi sul piano pratico-applicativo il concorso eterogeneo si manifesta tuttalpiù fra due o tre circostanze. Rarissimi sono, infatti, i casi in cui si trovano queste a concorrere in un numero maggiore. Ciò constatato, non resta che osservare che la differente scelta che caratterizza il concorso eterogeneo di circostanze risiede nella precisa volontà del legislatore del '30 di inoculare in un sistema fortemente improntato al legalismo un seme di discrezionalità qualitativa, che permettesse al giudice non tanto una semplificazione delle proprie operazioni dosimetriche, quanto di caratterizzare il fatto storico di reato in senso valoriale o disvaloriale (a seconda della ritenta prevalenza delle attenuanti o delle aggravanti). La ragione di fondo appare, dunque, questa: non esigenze di "semplificazione", ma volontà di "caratterizzazione" di determinati fatti in maniera radicale e secondo il segno trainante. Tale *ratio* fondativa dell'istituto appare, peraltro, corroborata da un elemento – anche esso in tensione forte con l'idea di sintesi – che obbliga il giudice, in caso di un giudizio con esito nel senso della prevalenza, ad applicare *tutte* le circostanze dello stesso segno. Ebbene, tale caratteristica propria della disciplina - non ancora riflettuta in maniera approfondita in dottrina - appare determinante in un triplice senso: a) nel contrastare l'idea che quello sotteso all'art. 69 c.p. sia un giudizio autenticamente sintetico. Appare questo, infatti, tutt'altro che il frutto di una bilanciata – sebbene intuitiva - considerazione di tutti gli elementi. Infatti, anche a ritenere che gli elementi soccombenti continuino ad esplicitare i propri effetti misurativi seppur in termini e con proprietà diverse appare comunque evidentemente che la prevalenza porta con sé un effetto "moltiplicatore" del valore o del disvalore del fatto di reato; b) nel chiarire al vera ragione ispiratrice l'istituto, nel senso della "caratterizzazione" e non in quello della "semplificazione". Il giudice è chiamato, infatti, a cogliere il carattere prevalente in senso valoriale disvaloriale del fatto pluricircostanziato ed il legislatore (è questo un effetto legalistico) ne accentua la connotazione sul piano dosimetrico; c) nell'inserire all'interno di un istituto fortemente corroborante il potere discrezionale del giudice una istanza legalistica, funzionalmente volta alla commisurazione legale della pena.

Ciò considerato in ordine alla *ratio* dell'istituto in esame è d'uopo, infine, osservare che questo non esaurisce la propria funzione nella sola «commisurazione giudiziale della pena», ma svolge anzi prima ancora (ed in maniera diretta) una funzione

di «determinazione giudiziale della fattispecie circostanziata», nonché – sebbene in maniera minoritaria - di «commisurazione legale della pena»¹⁰⁰.

B. Quanto concerne poi – seguendo la bipartizione effettuata all’inizio del presente paragrafo – il concorso eterogeneo di circostanze ad *efficacia speciale* le considerazioni da effettuare sono sicuramente più problematiche di quelle fin qui sviluppate.

Innanzitutto, al fine di chiarire al meglio il caso problematico ora in esame, occorre ulteriormente distinguere al suo interno fra due diverse ipotesi: il concorso di *due o più* circostanze con variazione di pena autonoma o indipendente (da sole o assieme a circostanze ad efficacia comune) ed il concorso fra una o più circostanze ad efficacia comune ed *una* circostanza ad efficacia speciale.

Ebbene, procedendo con ordine nella disamina delle suddette articolazioni, occorre osservare che nel primo caso sopra richiamato il giudizio sintetico appare in un certo qual senso *obbligato* non essendo possibile, stante l’eterogeneità della tecnica di previsione normativa, procedere all’aritmetico computo delle variazioni di pena accordate dai diversi elementi circostanzianti¹⁰¹.

Ben diversa è, invece, l’ipotesi di concorso eterogeneo di una o più circostanze ad efficacia comune ed *una* circostanza ad efficacia speciale¹⁰². In questo caso, infatti, l’estensione della disciplina dei primi tre commi dell’art. 69 c.p. a questa seconda categoria di circostanze, operata dal d.l. 99 del 1974, ha comportato l’applicazione delle regole sul giudizio di equivalenza o di prevalenza. Ebbene, animata come visto da ragioni di politica criminale, la suddetta scelta appare ad oggi *non corretta* poiché pretende di bilanciare due istituti fra loro *incomparabili*, essendo inammissibile che la discrezionalità del giudice possa reagire, neutralizzandola, su di una diversa valutazione legale del reato molto simile a quella sottesa alla creazione di figure autonome¹⁰³.

L’applicazione delle regole del giudizio di comparazione alle circostanze ad efficacia speciale – quantomeno nel caso in esame – è, dunque, una irriducibile *antinomia*, destinata a permanere fintantoché il legislatore non interverrà nuovamente in senso contrario. Di una “funzione” del giudizio di prevalenza o di equivalenza in rapporto alle circostanze ad efficacia speciale può, dunque, parlarsi solo in termini negativi, come cioè “disfunzione”, sopravvenuta – si badi bene - in un sistema di commisurazione della pena in senso lato dotato di una originaria intima coerenza¹⁰⁴.

5.5.2 Il giudizio di bilanciamento: fra discrezionalità *qualitativa* di tipo *contranormativo* e commisurazione legale della pena

¹⁰⁰ Stante l’obbligo di applicare tutte e solo le circostanze dello stesso segno.

¹⁰¹ Sul punto valgono pertanto le medesime riflessioni sviluppate in ordine all’art. 63.4 e 63.5 c.p.

¹⁰² Questa, peraltro, nella prassi una delle ipotesi maggiormente diffuse.

¹⁰³ Cfr. in tal senso G. Vassalli, *La riforma penale*, cit., 51; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 274 ss.

¹⁰⁴ G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 206.

Le osservazioni da ultimo sviluppate ci consentono di effettuare alcune considerazioni in relazione al rapporto fra le istanze sottese alla discrezionalità e quelle informatrici la legalità così come modulate all'interno del concorso eterogeneo di circostanze.

Ebbene, l'istituto in esame - come osservato nei paragrafi precedenti - opera in una fase antecedente alla commisurazione della pena in senso stretto e conferisce al giudice un potere discrezionale particolarmente penetrante e significativo che gli consente di selezionare ciò che è elemento circostanziante proprio e ciò che non lo è e che, quindi, potrà operare solo quale indice di commisurazione della pena.

Ma quali sono le caratteristiche essenziali del suddetto potere discrezionale?

Sicuramente, quella disciplinata dall'art. 69 c.p. si caratterizza per essere una discrezionalità *qualitativa* di tipo *contra*-normativo, le cui caratteristiche possono individuarsi: a) nel muoversi su di una precedente scelta elettiva effettuata dal legislatore o dal giudice (nel caso di circostanze indefinite) e sempre concretamente verificata come sussistente; b) nell'aver la forza di rimettere in gioco la qualificazione precedentemente data in una ottica *contraria* alla elezione effettuata; c) nell'operare su di un piano ed ad un livello astratto di determinazione della fattispecie circostanziata.

Ciò precisato, quindi, il giudice deve (non può) in caso di concorso eterogeneo di circostanze proprie ed una volta rilevata la concreta manifestazione nel caso concreto, scorporarle dagli elementi circostanzianti impropri, raffrontarle fra loro (secondo i criteri che analizzeremo) e vedere se un segno prevale sull'altro o sono questi da considerarsi equivalenti con conseguente reciproco annullamento. Ove, dunque, ne ravvisi la prevalenza dovrà considerare solo e tutte le circostanze del segno preminente e, commisurata la pena-base (tenendo conto degli elementi circostanzianti propri degradati in virtù della scelta del giudice), applicare i suddetti aumenti o diminuzioni con efficacia extraeditale.

Come precisato all'inizio si tratta, quella in esame, di una discrezionalità *qualitativa* di tipo *contra*-legislativo, poiché il giudice è investito del potere di disattendere e mutare (*id est* la conseguenza dell'effetto di degradazione) la scelta elettiva effettuata dal legislatore.

Ebbene, alla luce di tutto quanto fin qui osservato è d'uopo rilevare come la funzione assoluta dall'art. 69 c.p. sia direttamente e specificamente quella di «determinazione giudiziale della fattispecie circostanziata» ed indirettamente - per lo stretto legame che intercorre fra le due- quella di «commisurazione giudiziale della pena».

Una riflessione conclusiva si impone sul punto, dal momento che l'analisi non può dirsi conclusa qui. La previsione codicistica che impone al giudice di tenere conto di *tutte* le circostanze dichiarate prevalenti e non solo una o alcune di queste implica l'innesto nel sistema di una istanza legalistica che mira - pur sempre, tuttavia, in misura residuale - a realizzare una funzione di «commisurazione legale della pena».

5.5.3 I criteri della valutazione discrezionale qualitativa di prevalenza o di equivalenza: fra «valutazione complessiva del fatto» e «confronto fra le singole circostanze in concorso»

A questo punto giunti, occorre ora soffermare l'attenzione e la riflessione sui criteri in base ai quali deve effettuarsi il giudizio di bilanciamento richiesto dall'art. 69 c.p.

Il nodo problematico cui ci accingiamo ad affrontare ha da sempre ricoperto negli studi dottrinali un posto di centrale importanza, in quanto tesi – come noto – nella ricerca “spasmodica” di individuare dei parametri più o meno stringenti nella guida di tale “pericolosa” discrezionalità giudiziaria che sarebbe potuta altrimenti degenerare in arbitrio. Ebbene, orientati e preoccupati in tal senso gli studi anche più raffinati sul tema sembrano perdere di vista quella che a noi pare essere la vera questione di fondo alla tematica: quale la *struttura* e l'*oggetto* del giudizio di valenza?

Più precisamente, dall'esame delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza si possono evidenziare due diversi orientamenti.

Il primo, nettamente prevalente, fa riferimento agli elementi di valutazione richiamati dall'art. 133 c.p. i quali dovrebbero, in tale ottica argomentativa, servire oltre che alla individuazione della pena-base anche per stabilire la equivalenza o la prevalenza fra le circostanze concorrenti. L'orientamento in esame sembra incardinato su di una concezione *unitaria* della discrezionalità che, rinunciando ad una analisi *parcellizzata* in ordine alla autonoma ragione d'essere dei singoli istituti discrezionali, esporta tralaticciamente le norme di cui all'art. 132 e 133 c.p. e costruisce conseguentemente – questo il punto di maggiore interesse - l'oggetto del giudizio di comparazione come una valutazione *complessiva* del fatto e della personalità del reo con funzionalità commisurativo giudiziale. Ebbene, essendo una valutazione *globale*, nel senso che ogni elemento, a prescindere da quelli circostanzianti in concorso, può prendere parte nella formulazione del giudizio di “caratterizzazione” in senso attenuante o aggravante, il potere discrezionale non può che trovare fondamento in quell'elenco onnicomprensivo di cui all'art. 133 c.p. Occorre sul punto, tuttavia, criticamente osservare che l'art. 133 c.p. è un vincolo illusorio all'esercizio di ogni forma di discrezionalità, all'interno del quale non è stabilita, peraltro, alcuna guida di valore in base alla quale stabilire la gerarchia. La norma non è, dunque, capace di orientare una valutazione comparativa né ed a maggior ragione strutturare il giudizio discrezionale di cui all'art. 69 c.p. Ma v'è di più, una siffatta configurazione del giudizio di bilanciamento e della sottesa valutazione discrezionale pare attribuire un potere fondamentalmente *libero* al giudice che, tuttavia, si viene a connotare per la produzione di effetti addirittura *contra*-normativi. Tale particolare incidenza del potere discrezionale *qualitativo* in esame impone, infatti, una doverosa cautela nella sua ricostruzione e la ricerca di limiti quanto più rigorosi e logici possibile, cosa che l'orientamento ermeneutico in esame non riesce a realizzare.

Merita, dunque, adesione quell'impostazione minoritaria la quale postula, invece, che debba essere la valutazione della stessa consistenza delle circostanze contrapposte a decidere dell'esito del giudizio¹⁰⁵ All'interno della concezione teorica in esame è, tuttavia, possibile evidenziare due diverse articolazioni a seconda si ritenga che il conflitto sia da risolversi in *astratto* o in *concreto*.

La prima posizione sopra richiamata si propone, dunque, di decidere quale sia l'elemento che prevale e quale, invece, debba soccombere in via generale ed in astratto e cerca così di corroborare al massimo le istanze legalistiche sottese alla materia dal momento che elabora un sistema di criteri di controllo rigidi ed oggettivamente verificabili. In tal ottica i criteri comunemente e principalmente richiamati sono due: quello della *consistenza quantitativa della variazione di pena legislativamente prevista* e quello dei *valori in gioco*. Ebbene, quest'ultimo criterio presenta una certa plausibilità di utilizzo e si fonda sul richiamo alla gerarchia di valori già presenti nel nostro codice. Il giudice è così chiamato: in un primo momento ad individuare il valore tutelato da ogni singolo elemento circostanziale ed in un secondo tempo a raffrontarli fra loro. Così, ad esempio, nel caso di un reato contro il patrimonio caratterizzato da un danno di rilevante gravità che sia stato però integralmente risarcito, l'aggravante ex art. 61 n. 7 non potrebbe ritenersi prevalente sulla attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. Pur tuttavia, il criterio in esame, ad una più attenta e scrupolosa analisi, non può che dirsi fallace o comunque sia incompleto e residuale. E' in grado, infatti, tutt'al più di dare una soluzione a casi di una certa gravità non potendo spiegare circostanze che allignano sui medesimi valori o che sono vessillifere di valori eterogenei e come tali tra loro non comparabili. Quanto poi al primo criterio richiamato dalla impostazione teorica che elabora i criteri di composizione del conflitto fra circostanze eterogenee sul piano astratto e generale occorre rilevare che questo si propone di ricercare la soluzione sulla base di un raffronto fra il *quantum* numerico di variazione legislativamente accordato per ogni elemento. Ebbene, anche in questo caso il criterio prospettato appare errato e come tale non percorribile. Più precisamente, il motivo che ci spinge al suo netto rifiuto si fonda sul fatto che questo mira a dare rilevanza al rapporto numerico fra le circostanze contrapposte che nessuna rilevanza in realtà ha. La circostanza non può, infatti, dirsi avere un valore caratterizzante l'intero fatto storico di reato poiché in astratto presenta un massimo nel *quantum* di variazione della pena più elevato rispetto ad una altra e ciò poiché quello che in realtà conta è l'intensità con cui questa si è manifestata. E' l'intensità valoriale/disvaloriale che il giudice dovrà di volta in volta accertare e tradurre numericamente. Così, ad esempio, una circostanza aggravante può avere in astratto un disvalore elevatissimo fino a consentire un aumento della pena-base di due terzi, ma in concreto rilevare in termini di minima importanza e comunque minori rispetto ad

¹⁰⁵ Cfr. in tal senso in particolare G. Contino, *Note sulla discrezionalità*, cit., 667; R. Pasella, *Appunti in tema di giudizio di bilanciamento fra circostanze*, in *Riv. pen.*, 1977, 247; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 211 ss.

una contrapposta attenuante astrattamente numericamente meno rilevante ma concretamente ben più caratterizzante il fatto storico di reato.

Proprio sulla base delle suddette argomentazioni critiche ha preso forma e corpo quella contrapposta posizione ermeneutica che impone al giudice di risolvere il conflitto fra circostanze eterogenee attraverso l'analisi della loro *concreta* intensità di manifestazione. Si osserva in tal senso che il giudice è chiamato a valutare le circostanze non in astratto ma come queste si sono estrinsecate con il loro valore/disvalore nella realtà fenomenica. Una volta valutatele nella loro intensità di manifestazione l'interprete dovrà, poi, procedere al loro raffronto. Le circostanze che presenteranno, dunque, la concreta maggiore intensità prevarranno e caratterizzeranno (nel segno) l'intero fatto storico, con capacità di degradazione degli altri elementi.

Ebbene, una riflessione sul criterio appena ricostruito si impone. Sebbene appaia, infatti, questa l'impostazione argomentativa da privilegiare - e, quindi, da seguire - occorre, tuttavia, osservare che da un lato, accorda al giudice un ampio margine di valutatività e dall'altro, non risulta facile da rendere operativa ove vengano in gioco entità fra loro eterogenee. Sotto il primo profilo richiamato, occorre rilevare che comunque sia il criterio che richiama il giudice ad una indagine sulla intensità di manifestazione del singolo elemento circostanziale gli impone pur sempre uno sforzo argomentativo notevole e come tale controllabile sotto il profilo della logica argomentativa. Quanto al secondo aspetto - che appare, invece, sicuramente più problematico del precedente -, è d'uopo osservare che coloro che propendono per l'incomunicabilità fra circostanze eterogenee nel loro contenuto (come sarebbero, ad esempio, quelle reali e quelle personali) finiscono per ritenere che - almeno in questi casi - i criteri della valutazione comparativa debbono coincidere con tutti gli elementi del concreto episodio criminoso. Solo da una analisi complessiva si può, infatti, evincere se sia il valore (portato dalle attenuanti) od il disvalore (portato dalle aggravanti) a caratterizzare il fatto storico di reato in maniera preminente¹⁰⁶. Pur tuttavia, a noi pare che il criterio del raffronto in concreto fra le diverse intensità consenta il raffronto anche fra entità eterogenee. Esso si fonda, infatti, non già sulla diretta comparazione *qualitativa* dei valori in concorso, bensì sul raffronto del rispettivo *grado* o *intensità* di realizzazione nella concreta manifestazione storica. Diviene così possibile affermare, ad esempio, la prevalenza dell'attenuante della minore età sulla aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità, quando da un lato il grado di capacità di intendere e volere sia prossimo addirittura all'esclusione dell'imputabilità, mentre dall'altro il pregiudizio arrecato sia appena sufficiente per la configurazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p.¹⁰⁷ Il confronto viene in tal modo instaurato non in rapporto alla diversa ed incompatibile qualità dei valori contrapposti, ma fra i rispettivi e commisurabili livelli di manifestazione concreta.

¹⁰⁶ Si propende così nei fatti, sebbene solo in tali ipotesi, per un giudizio comparazione di tipo complessivo e non fra i singoli elementi in gioco.

¹⁰⁷ Cfr. G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 215.

5.5.4 Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento. Le fasi iniziali della loro progressiva introduzione e l'accelerazione del processo di ampliamento delle esclusioni dal bilanciamento

Il dibattito dottrinale in tema di circostanze privilegiate ed in particolare sulla loro capacità di incidere sul meccanismo di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* si è andato intensificando solo negli ultimi anni, proprio a seguito del notevole incremento del numero delle circostanze che il legislatore intende sottrarre al suddetto giudizio di valenza¹⁰⁸. Nonostante tutto, ancora pesanti ombre ed incertezze avvinghiano la materia e finiscono inevitabilmente con il riverberarsi su di una giurisprudenza, anche costituzionale, spesso ondivaga e non del tutto chiara.

Il tema è, difatti, fra i più complessi e delicati poiché coinvolge (ancora una volta) in una aspra contrapposizione esigenze legalistiche e discrezionalità giudiziaria, la quale trova la sua massima espressione ed estensione, come visto, proprio nell'art. 69 c.p.

Più precisamente, le istanze legalistiche tendono a comprimere (se non eliminare) la discrezionalità giudiziaria nel giudizio di bilanciamento per mezzo dell'introduzione di blindature. Il potere discrezionale non viene, infatti, avvertito più come necessario e funzionale alla individuazione del trattamento sanzionatorio più idoneo rispetto al disvalore del fatto concreto di reato, ma quale "male" da contenere ed estirpare poiché non controllabile ed astrattamente così incisivo da poter vanificare - nei fatti - le scelte politico-incriminatrici del legislatore.

Le esigenze sottese al riconoscimento di un ampio potere discrezionale di tipo qualitativo in capo al giudice sono, viceversa, volte al conferimento all'organo giudiziario della possibilità di effettuare un giudizio sintetico capace di individualizzare al meglio la pena. Le suddette istanze sono, peraltro, corroborate dalla resistenza e dalla conseguente opera creatrice avviata in questi anni dalla giurisprudenza italiana, la quale, muovendosi in controtendenza con le scelte del legislatore, non ha inteso rinunciare alle proprie prerogative e ciò al fine di conservare il suo ruolo ed evitare il collasso dell'intero sistema. Occorre, tuttavia, osservare che la suddetta opera creatrice della giurisprudenza non è stata puntualmente colta ed analizzata da parte della dottrina.

Nel proseguio della trattazione della tematica cercheremo, quindi, di capire quali sono le ragioni sottese da un lato alla introduzione delle circostanze privilegiate e dall'altro all'opera di resistenza avviata dalla giurisprudenza nel settore. In particolare, occorrerà riflettere se l'attività interpretativa normo-creatrice dei giudici sia dettata solo dalla necessità di armonizzare la disciplina e conservarne così sostanziale coerenza, o è stata spinta anche da ragioni di "politica criminale" conservative di

¹⁰⁸ E' stata la tematica, proprio a sottolineare la sua ritenuta crescente importanza, oggetto di una trattazione monografica nel 2010. Cfr. sul punto la pregevole opera di A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 89 ss.

quella discrezionalità che nel '74 era stata loro data e di cui non intendono oggi essere privati.

Poste le direttrici di fondo dei prossimi paragrafi, occorre ora, sempre in via preliminare, chiarire cosa siano le circostanze privilegiate e analizzarne la loro evoluzione storico-diacronica.

Ebbene, le circostanze “privilegiate” (o anche dette “blindate”) sono quelle che introducono una eccezione al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* Il legislatore cioè, nell'intento di valorizzare il significato criminologico di queste circostanze ha voluto evitare che esse potessero essere travolte a seguito del giudizio di prevalenza o di equivalenza di circostanze di segno opposto concorrenti. Con le suddette espressioni si intende fare, dunque, riferimento a quelle particolari ipotesi circostanziali di cui viene garantita sempre l'applicazione, nel senso che la modificazione di pena riconnessa al loro riconoscimento non potrà essere vanificata in sede di concorso con circostanze di segno opposto.

Occorre osservare che la tecnica legislativa per raggiungere tale obiettivo è varia e determina problemi interpretativi e costituzionali di notevole rilievo.

A partire dalla legislazione antiterrorismo del 1980, il legislatore (principalmente), la Corte Costituzionale e le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno progressivamente individuato ed escluso dal bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. tutta una serie di circostanze del reato. L'introduzione del suddetto privilegio, ha visto un progressivo incremento sia quantitativo che qualitativo, che nelle ultime normazioni emergenziali degli anni 2008 e 2009 ha suscitato nella dottrina non pochi timori. Ad oggi, infatti, sia nel codice penale che nella legislazione complementare sono individuabili un numero in continuo aumento di circostanze in relazione alle quali sono preclusi alcuni o tutti gli esiti tipici del giudizio di bilanciamento.

Sul finire degli anni '70, agli inizi di quelli '90 ed, infine, a partire dal 2005, sull'onda di gravi emergenze di sicurezza sociale ed ordine pubblico, sono state, dunque, introdotte delle deroghe alla regola dell'obbligatorietà del giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee.

La prima circostanza blindata ad essere stata introdotta risale alla legislazione antiterrorismo del 1980. Con l'art. 1.1 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 62, recante «Misure Urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica», è stata introdotta un'aggravante comune ad effetto speciale, con aumento proporzionale in misura fissa della metà della pena inflitta per il reato base, per i reati commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e contestualmente si è disposto al comma terzo il divieto di applicazione del concorso eterogenee *ex art. 69 c.p.* Testualmente la versione originaria della blindatura della circostanza aggravante *de qua* dettata dal d.l. n. 625/1979 recitava che: «Quando la circostanza aggravante prevista dal primo comma concorre con una o più circostanze attenuanti, *non sono applicabili le disposizioni dell'art. 69 del codice penale*, nemmeno rispetto ad altre eventuali circostanze aggravanti e la diminuzione di pena si opera sulla pena conseguente alla applicazione delle circostanze aggravanti». L'attuale formulazione della circostanza *de qua* ha, tuttavia, subito delle significative modifiche a seguito della legge di conversione art. 1 della l. 15/1980 (secondo cui - art. 1.3 legge n. 15/1980 - :

«le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato») e della riforma introdotta dalla legge 34/2003. Nel testo attualmente in vigore, dopo aver previsto al primo comma l'aumento della pena della metà per i reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, all'ultimo comma viene stabilito che le circostanze attenuanti concorrenti con la c.d. aggravante terroristica «non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella originaria del reato, e le diminuzioni di pena operano solo sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti». Ebbene, la circostanza aggravante della finalità di terrorismo assume un rilievo del tutto centrale nella tematica in esame, poiché ha rappresentato il modello a cui il legislatore ha fatto riferimento nel momento in cui ha inteso garantire l'aumento previsto per le circostanze.

Proseguendo con l'analisi delle circostanze privilegiate, occorre prendere in esame la legislazione anti-terrorismo del 1980 la quale ha, con l'art. 2, reintrodotta il delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione all'art. 280 c.p. (dal momento che era stato questo abrogato dal d.lgs. n. 288/1944) e vi ha previsto, oltre a diverse aggravanti speciali, la blindatura delle circostanze aggravanti contenute al secondo e quarto comma sempre dell'art. 280 c.p., ovvero nei casi in cui da un attentato con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale derivi la lesione gravissima di una persona. Si tratta di circostanze aggravanti ad efficacia speciale con variazione di pena indipendente che devono trovare così sempre applicazione. Stabilisce, infatti, l'art. 280.5 c.p. che: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e al quarto comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

Una ulteriore ipotesi di deroga al regime di comparazione è prevista dall'art. 15 *quater* della legge 22 dicembre 1980, n. 874. Al primo comma prevede questa un aumento fino alla metà delle pene per i reati di falsità, previsti dagli artt. 479, 480, 481 e 483 del c.p., nel caso in cui sono realizzati al fine di conseguire benefici disposti a favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici in Irpinia. Nel secondo comma, poi, viene esclusa l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 69 c.p. Il meccanismo di blindatura introdotto nella c.d. aggravante sismica presenta una formulazione peculiare che si discosta dalle altre sopra menzionate. Viene, infatti, espressamente prevista l'esclusione della applicabilità dell'ultimo comma dell'art. 69 c.p., senza alcun riferimento alla possibilità di applicare le diminuzioni connesse ad eventuali circostanze attenuanti. La formulazione riprende, dunque, seppur parzialmente, la versione originaria dell'aggravante della finalità di terrorismo contenuta nel d.l. n. 625/1979. Il testo della norma recita, infatti, che: «Le pene per i reati previsti dagli articoli 479, 480, 481 e 483 del codice penale, commessi per conseguire benefici disposti a favore

delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del novembre del 1980, sono aumentate fino alla metà. *Non si applica la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 69 del codice penale»*

Solo dopo più di dieci anni, il legislatore, in occasione di emergenze connesse all'attività della criminalità organizzata, introduceva una nuova circostanza aggravante privilegiata. Si tratta della c.d. aggravante del metodo e dell'agevolazioni mafiosi. L'art. 7 del d.l. 152/1991, conv. nella legge 203/1991, garantisce l'aumento di pena, da un terzo alla metà, per i reati, punibili con pena diversa dall'ergastolo, commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo. La formulazione della blindatura in questo caso è del tutto identica a quella tradizionale terroristica. Si afferma testualmente, infatti, al secondo alinea dell'art. 7 d.l. n. 152/1991 che: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al comma 1, *non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante»*.

L'anno successivo il legislatore provvedeva poi con l'art. 7 della legge n. 172/1992 ad inserire una particolare garanzia per due circostanze aggravanti del c.p. (l'art. 111 e l'art. 112.3 e 112.4 c.p.) in relazione ai delitti elencati all'art. 407.2 lett. a) c.p.p. (reati per i quali è previsto un termine superiore per le indagini preliminari). Anche in questo caso, in maniera omogenea con le precedenti blindature. Si afferma, infatti, che «Per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), numeri da 1) a 6), del codice di procedura penale le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui agli articoli 11 e 112, comma primo, numeri 3) e 4), e comma secondo, del codice penale, *non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste se chi ha determinato altri a commettere il reato, o si è avvalso di altri nella commissione del delitto, ne è il genitore esercente la patria potestà ovvero il fratello o la sorella e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti»*.

L'anno seguente con la legge n. 205/1993 veniva previsto un analogo criterio per i reati, punibili con una pena diversa dall'ergastolo, commessi con la finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale e religioso, ovvero al fine di agevolare le attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi tali finalità con aumento della pena fino alla metà. All'ultimo alinea dell'art. 3 veniva introdotta la blindatura sempre secondo il solito schema: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al secondo 1, *non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante»*.

A partire dall'anno 2001 si è avuto una significativa accelerazione del processo di ampliamento del catalogo delle esclusioni dal giudizio di bilanciamento.

Il legislatore con la legge 92/2001, modificando il previgente testo unico in materia doganale (DPR 23 gennaio 1973, n. 43) ha sottratto a bilanciamento alcune circo-

stanze aggravanti che accedono al delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri. Più precisamente, si tratta delle ipotesi in cui nel commettere il reato o nei comportamenti diretti ad assicurare il prezzo, il prodotto, il profitto, l'impunità, si faccia uso delle armi o se ne accetti il possesso nella fase di esecuzione (art. 291.2 *ter lett. a*) o vengono impiegati mezzi di trasporto che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche idonee ad ostacolare l'intervento degli organi di polizia o a provocare un pericolo per la pubblica incolumità. La peculiarità del privilegio accordato alla circostanza in esame rispetto alle altre ipotesi di blindatura è che l'esclusione dal giudizio di bilanciamento opera solo nel caso in cui le suddette ipotesi aggravanti concorrano con le attenuanti c.d. generiche *ex art. 62 bis c.p.* Conseguentemente, l'aumento di pena connesso alle aggravanti del contrabbando non viene garantito nel caso in cui si realizzi un concorso con attenuanti diverse da quelle generiche *ex art. 62 bis c.p.*: in tal caso rimane aperto qualsiasi esito del giudizio di bilanciamento. Ebbene, occorre osservare che l'originalità della suddetta disciplina attiene alla operatività più ristretta del privilegio e non alla struttura del modello di blindatura che è pur sempre riconducibile a quello tradizionale dell'aggravante terroristica come definito dalla legge n. 34/2003.

Il catalogo delle circostanze privilegiate è stato poi ulteriormente arricchito nel 2002 con l'inserimento di una blindatura al giudizio di bilanciamento in relazione ad alcune circostanze aggravanti del reato di favoreggiamento della immigrazione clandestina disciplinato dall'art. 12 del d.lgs. n. 286/1998. E' d'uopo, immediatamente evidenziare come il contenuto di tali circostanze privilegiate è stato radicalmente trasformato con la riforma del 2009: ciò che prima era da considerarsi circostanza aggravante è, infatti, oggi stata trasformata in elemento costitutivo di autonoma fattispecie. Per quanto qui più specificamente interessa, occorre rilevare che il testo originario prevedeva che nel caso in cui gli atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato riguardino cinque o più persone (art. 12.3 *lett. a*), o espongano lo straniero trasportato a pericolo per la vita o incolumità (art. 12.3 *lett. b*) o lo sottopongano a trattamento inumano o degradante (art. 12.3 *lett. c*), o realizzati da tre o più persone in concorso fra di loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti (art. 12.3 *lett. d*) o al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o per lo sfruttamento sessuale o avendo ad oggetto minori da utilizzare in attività illecite finalizzate al loro sfruttamento sessuale (art. 12.3 *ter lett. a*) o comunque a trarre profitto anche indiretto (art. 12.3 *ter lett. b*). L'art. 12.3 *quater* contiene, infine, la blindatura ancora una volta nella sua tradizionale configurazione. Stabilisce, infatti, che: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

Nell'anno 2003 con la legge n. 34/2003 (legge di ratifica della Convenzione ONU per la repressione degli attentati di terrorismo con esplosivo) sono state introdotte due ipotesi di circostanze aggravanti la cui applicazione viene privilegiata in caso di concorso con le circostanze attenuanti. Più precisamente, vengono escluse dal giudi-

zio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* le ipotesi circostanziali di cui al terzo e quarto comma dell'art. 280 *bis c.p.* Si tratta di circostanze aggravanti l'una ad effetto speciale (con una variazione di pena fino alla metà) e l'altra ad efficacia speciale (con una variazione di pena indipendente), le quali ricorrono rispettivamente nel caso in cui l'attentato di terrorismo con ordigni micidiali od esplosivi sia diretto contro la sede della Presidenza della Repubblica, delle Assemblee legislative, della Corte Costituzionale, degli organi di Governo o di organi previsti dal leggi costituzionali o dalla Costituzione o se derivi da questo un pericolo per la pubblica incolumità o per l'economia nazionale. La blindatura introdotta all'art. 280.5 *bis c.p.* non desta particolarità di spicco essendo stata predisposta secondo i criteri redazionali tradizionali.

Sempre nel 2003 su spinta dell'Unione Europea, il legislatore italiano ha introdotto all'ultimo comma dell'art. 600 *sexies c.p.* un'esclusione dal giudizio di bilanciamento che opera in relazione ai reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 *c.p.*), di tratta di esseri umani (art. 601 *c.p.*), di alienazione ed acquisto di schiavi (art. 602 *c.p.*), nonché di rati di favoreggiamento della prostituzione minorile (art. 600.1 *bis c.p.*) della produzione di materiale o di esibizioni pornografiche (art. 600.1 *ter c.p.*) se commessi a danno di minori degli anni quattordici (per cui è previsto l'aumento della pena da un terzo alla metà) o, con la sola eccezione della fattispecie dell'art. 600 *quinques c.p.*, se realizzati da soggetti qualificati quali l'ascendente, il genitore adottivo, il coniuge o il convivente, gli affini entro il secondo grado, o coloro a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, custodia, educazione, vigilanza, lavoro o i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio o se realizzati in danno ai minori in stato di infermità o di minoranza psichica, naturale o provocata. Ancora una volta l'art. 600.6 *sexies c.p.* recita che: «Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui al primo e secondo comma, *non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti*».

Con l'art. 13 della legge n. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita sono state poi introdotte quattro circostanze aggravanti del divieto di sperimentazione sugli embrioni umani ed al comma quarto la loro blindatura. Il tenore del suddetto privilegio presenta delle peculiarità rispetto a quella tecnica tipica delle altre circostanze privilegiate. Non è, infatti, prevista la clausola «le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti» ma si afferma che: «*Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste*» La circostanza risulta, dunque, strutturata sul modello di quella terroristica così come formulata dalla legge di conversione, prima, quindi, dell'intervento della Corte Costituzionale del 1985 e soprattutto della riforma del 2003.

Nell'anno 2005 con la nota legge n. 251, c.d. *ex Cirielli*, sono state introdotte significative innovazioni in tema di concorso eterogeneo di circostanze. Con l'art. 3 si è, infatti, intervenuti modificando direttamente il comma quarto dell'art. 69 *c.p.*, stabilendo una specifica limitazione al giudizio di bilanciamento. Più precisamente, il

legislatore ha previsto per le ipotesi di recidiva reiterata (art. 99.4 c.p.) e per quelle contenute nell'art. 111 e 112.1 n. 4, un meccanismo di blindatura peculiare: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'art. 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato». Al giudice viene, infatti, preclusa la sola dichiarazione di prevalenza delle eventuali circostanze attenuanti concorrenti con la recidiva reiterata e con le circostanze di cui all'art. 111 e 112.1 n. 4 c.p. Si tratta, dunque, di un meccanismo anomalo rispetto ai precedenti che esclude e preclude solo alcuni degli esiti del giudizio di bilanciamento. E', infatti, preclusa la sola dichiarazione di prevalenza delle circostanze attenuanti concorrenti, le quali conservano, tuttavia, sempre la possibilità di essere dichiarate equivalenti.

Ulteriore ipotesi di circostanza esclusa dal giudizio di bilanciamento è quella contenuta nell'art. 3 della legge n. 146/2006 c.d. circostanza transnazionale (legge con cui si è ratificata la Convenzione ONU sulla criminalità transnazionale). Più precisamente, si tratta di una circostanza aggravante ad effetto speciale in base alla quale è previsto un aumento della pena da un terzo alla metà per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni e alla commissione dei quali ha dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impiegato in attività criminali in più di uno Stato. Al secondo comma del suddetto articolo viene poi tracciata la blindatura, non in maniera espressa ma attraverso un discutibile rinvio alla disciplina dell'aggravante del metodo e dell'agevolazioni mafiosi: «Si applica altresì il comma 2 dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni».

Con i pacchetti sicurezza approvati nel biennio 2008-2009 il legislatore ha dato, infine, una significativa accelerazione al processo di ampliamento del catalogo delle circostanze privilegiate.

La legge 23 maggio 2008, n. 92 recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica» ha introdotto nuove ipotesi di esclusione dal giudizio di bilanciamento nei confronti di fattispecie di particolare allarme sociale. Contestualmente ad un innalzamento del massimo della pena per l'omicidio e per le lesioni colpose realizzate con la violazione della normativa sulla sicurezza sul lavoro e sulla circolazione della strada (nel primo caso si passa da 5 a 6 anni di reclusione e nel secondo da 12 a 16 anni di reclusione), vengono introdotte nuove circostanze aggravanti ad effetto speciale nel caso in cui tali fattispecie delittuose (di cui agli artt. 589 e 590 c.p.) vengano realizzate con la violazione della circolazione stradale da parte di un soggetto in stato di ebbrezza alcolica (art. 186.2 d.lgs. 285/1992) o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 187 d.lgs. 285/1992), la cui applicazione viene garantita attraverso un particolare meccanismo espressamente previsto dall'art. 590 *bis* c.p. La fattispecie *de qua* statuisce, infatti, che le eventuali circostanze attenuanti concorrenti con le aggravanti di cui agli artt. 598.3 o 590.3 c.p., secondo alinea, «non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano

sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti». La norma contiene, pertanto, una blindatura classica, ispirata al modello della circostanza terroristica come riformulata dopo la novella del 2003. L'art. 590 c.p. deve peraltro notarsi come sia la prima ipotesi di esclusione del bilanciamento prevista per reati colposi. Le disposizioni appena esaminate del c.d. pacchetto sicurezza 2008 si muovono, dunque, nell'ottica di incriminare con maggiore efficacia fattispecie di sempre più frequente verifica, in grado di impressionare negativamente i cittadini e instillare in loro un senso di insicurezza.

Fino alla approvazione del secondo pacchetto sicurezza le circostanze di cui veniva assicurata l'applicazione attraverso la esclusione dal bilanciamento con le altre disegno opposto erano quindici. Con la legge n. 94/2009 sono state ricomprese nella categoria ulteriori cinque ipotesi. Più precisamente, sono state blindate le nuove circostanze aggravanti speciali ad efficacia speciale con variazioni di pena proporzionale indipendente della rapina (e dell'estorsione in forza del richiamo contenuto nell'art. 629.2 c.p.) contenute ai commi 3, 3 bis, e 3 quater dell'art. 628 c.p. (se la violenza o minaccia è posta in essere da persone che fanno parte di una associazione mafiosa; se il fatto è commesso nei luoghi di cui all'art. 624 bis c.p.; all'interno di mezzi di trasporto pubblico; nei confronti di persona che si trova nell'atto di fruire o che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro). Una ulteriore stretta sanzionatoria in tema di sicurezza stradale è stata prevista con l'introduzione per i reati di guida in stato di ebbrezza (art. 186.2 sexies d.lgs. 285/1992 o sotto l'effetto di costanze stupefacenti o psicotrope se commessi dopo le ore 22.00 e prima delle ore 7.00. Le suddette circostanze privilegiate introdotte negli artt. 186 e 187 del d.lgs. 285/1992 si caratterizzano rispetto alle altre ipotesi poiché sono le prime che afferiscono ad una contravvenzione. Sotto il profilo del meccanismo della blindatura in tutti i suddetti casi non sono da rilevarsi particolari peculiarità, dal momento che sono costruite secondo il modello tradizionale della circostanza terroristica come riformata nel 2003.

5.5.4.1 Il contenuto del meccanismo di blindatura: i diversi modelli. Blindatura della singola circostanza Vs blindatura del giudizio di prevalenza o di equivalenza

La tecnica legislativa per raggiungere l'obiettivo di evitare che determinati elementi circostanzianti possano essere travolti a seguito del giudizio di prevalenza o di equivalenza e, quindi, degradati per mezzo della scelta valutativa del giudice a circostanze improprie appare particolarmente diversificata, sebbene un modello maggiormente diffuso sia individuabile.

Si propone, quindi, una innovativa sistematizzazione e riflessione dalla materia.

Ebbene, a nostro avviso i modelli di blindatura ad oggi esistenti sono essenzialmente due. Il primo può essere definito di blindatura della *singola circostanza* (o blindatura *semplice*) ed il secondo di blindatura del *giudizio di prevalenza o di equivalenza* (o blindatura *con effetto trainante*).

E' d'uopo, pertanto, procedere alla analisi separata dei suddetti modelli di disciplina al fine di apprezzarne le peculiari caratteristiche e problematiche.

A. Il primo modello sopra richiamato e denominato «blindatura della singola circostanza» appare essere quello maggiormente diffuso e tradizionalmente utilizzato dal legislatore. Blindare un singolo elemento circostanziante significa escluderlo dal bilanciamento, sottrarlo al potere valutativo-discrezionale del giudice e imporne la considerazione nei termini di circostanza propria. Più precisamente, dunque, l'organo giudiziario ove si trovi a dover comparare un elemento circostanziante così strutturato, non potrà raffrontarlo con le altre eterogenee circostanze e dovrà computarlo aritmeticamente. E' d'uopo rilevare che il modello ora in esame si caratterizza per presentare due differenti articolazioni tipologiche al suo interno. La prima ipotesi di blindatura *semplice* (che rappresenta il caso maggiormente diffuso) si caratterizza per la esclusione dal bilanciamento della sola singola circostanza, la quale non viene fatta entrare nel giudizio di equivalenza o di prevalenza e, conseguentemente, i suoi effetti fatti sempre operare. Ebbene, in questo caso il giudice effettuerà un giudizio non più valutativo-sintetico ma meccanicistico-aritmetico. Più precisamente, procederà, dunque, - bilanciate le eventuali altre circostanze in concorso (se ne residuano di più ed eterogenee) o individuate le altre circostanze tutte dello stesso segno (se quelle che residuano dalla sottrazione dell'elemento privilegiato sono tutte aggravanti o attenuanti e comunque di segno differente da quello della circostanza blindata) - ad applicare tutti i singoli aumenti e tutte le singole diminuzioni (quante sono) seguendo un criterio eminentemente matematico. Ciò che, dunque, caratterizza in maniera peculiare il modello disciplinare in esame è il fatto che questo produce i propri effetti solo ed esclusivamente nei confronti della circostanza per la quale è questo accordato, per il resto continueranno ad applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 69 o 63 c.p., a seconda che le circostanze che residuano in concorso (dallo scomputo di quella privilegiata) siano fra loro eterogenee od omogenee. La formula classica che contraddistingue il modello in esame è la seguente: «*e le diminuzioni/aumenti di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento/diminuzione conseguente alla applicazione della predetta aggravante/attenuante*».

La seconda ipotesi che caratterizza il modello di blindatura della singola circostanza si contraddistingue dalla precedente poiché ad essere escluso è il giudizio di bilanciamento *in toto* con conseguente necessità di applicare tutti gli aumenti e tutte le diminuzioni quante sono le circostanze concorrenti. Al contrario dell'ipotesi precedentemente analizzata, in questo caso viene escluso radicalmente il ricorso al giudizio di valenza anche ove, epurato il concorso dell'elemento privilegiato, residuino più ed eterogenee circostanze. E' questo il caso, come rilevato nel paragrafo precedente, disciplinato dall'art. 15 *quater* della legge n. 874/1980 (norma costruita sul modello della circostanza aggravante della finalità di terrorismo come formulata nella versione del d.l. n. 625/1979): «*non si applica la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 69 del codice penale*». Più precisamente, in questa ipotesi il giudizio di equivalenza o di prevalenza reso come obbligatorio dall'art. 69 c.p. viene eliminato in favore di un computo meccanicistico-aritmetico di tutti gli elementi in aumento e in diminuzione. Con l'esclusione *in toto* della disciplina di cui all'art. 69 c.p. accade, dunque, che nell'ipotesi di concorso con circostanze di segno opposto il giudice non deve procedere ad alcuna valutazione comparativa, ma dovrà applicare congiunta-

mente sia gli aumenti che le diminuzioni. L'articolazione disciplinare del modello in esame c.d. di blindatura *semplice* si presenta, dunque, quale deroga totale alla riforma del 1974 che, come noto, aveva esteso l'applicabilità del giudizio di bilanciamento anche alle circostanze per le quali è prevista una pena di specie diversa o determinata in via autonoma rispetto alla pena base.

B. Il secondo modello che si può individuare è quello che abbiamo definito come di «blindatura del *giudizio di bilanciamento*» anche detto di blindatura con *effetto trainante*. Ebbene, il legislatore in questo caso non rivolge e limita il proprio interesse nei confronti del solo elemento circostanziente privilegiato, ma estende gli effetti della disciplina all'intero giudizio di bilanciamento conformandone legalisticamente l'esito. Vincolare l'esito del bilanciamento significa, dunque, riconoscere alla circostanza una forza *trainante* nel suo segno di tutti gli altri elementi in concorso. La ricerca del valore/disvalore caratterizzante il fatto storico pluricircostanziato non è più rimessa al potere discrezionale qualitativo del giudice, ma il legislatore la riserva nelle proprie esclusive mani. Si viene, pertanto, a realizzare una individuazione in astratto ed in maniera presuntiva della fattispecie di reato e della commisurazione della pena. Ebbene, a ben vedere le istanze legalistiche sottese al modello in esame si caratterizzano in termini profondamente differenti rispetto a quanto avviene nella disciplina che blinda la singola circostanza. Ci troviamo, infatti, in presenza di un fenomeno qualitativamente diverso dal precedente dal momento che, contrariamente al computo aritmetico che fa sì che ogni circostanza venga considerata ed applicata per quello che “vale”, in questo caso l'effetto sintetico-elisivo di degradazione pur sempre si produce, ma non in virtù e forza di una valutazione giudiziaria, bensì per opera del legislatore. Ebbene, è, dunque, il legislatore attraverso un giudizio valutativo-sintetico ed in maniera astratto-presuntiva a decidere come risolvere il concorso eterogeneo di circostanze senza, tuttavia, avere di fronte il caso concreto e l'intensità valoriale/disvaloriale in cui le circostanze da raffrontare si sono manifestate. Anche all'interno di questo secondo modello di blindatura è opportuno distinguere due differenti articolazioni le quali pongono problematiche parzialmente eterogenee. La prima articolazione tipologica di blindatura *del giudizio di bilanciamento* si caratterizza per il presentare un *effetto trainante totale*. Il legislatore prevede cioè che in caso di presenza della suddetta tipologia di circostanza il giudice debba applicare solo la variazione di pena prevista da essa o da quelle omogenee eventualmente concorrenti, con l'esclusione della operatività di tutte quelle di segno opposto. E' questo il caso contemplato dall'art. 1 della legge n. 40/2004 della c.d. aggravante di sperimentazione sugli embrioni umani, la quale, come visto, recita: «*Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste*» La circostanza risulta, dunque, strutturata sul modello di quella terroristica così come formulata dalla legge di conversione n. 15/1980. Ebbene, occorre osservare che il giudizio di prevalenza – esito questo imposto dalla presenza dell'elemento blindato – può essere: a) “reale ed effettivo” (nel senso che effettivamente nel caso concreto il giudizio ove svolto dal giudice avrebbe dato luogo alla prevalenza del segno delle circostanze fra cui è annoverata quella privilegiata); b) “falsato” (nel senso che il giudizio è di prevalenza ancorché

sarebbe dovuto essere – secondo una valutazione giudiziaria del caso concreto - di equivalenza o addirittura di prevalenza del segno opposto rispetto a quello proprio della circostanza blindata). Evidente come le difficoltà maggiori di compatibilità con i principi di cui agli artt. 27 e 3 della Cost. si pongano in relazione al caso dell'esito per la prevalenza ancorché si sarebbe dovuti avere equivalenza o prevalenza del segno opposto. In questa ipotesi il legislatore stabilisce, dunque, in forma rigida l'esito del giudizio di bilanciamento, nel senso della obbligatorietà della dichiarazione di prevalenza delle circostanze dello stesso segno dell'elemento a cui è accordato il particolare privilegio. Tutte le circostanze di segno opposto degradano, conseguentemente, ad indici di commisurazione della pena e concorrono attraverso il loro apporto valoriale/disvaloriale a definire la pena-base all'interno dei rigidi margini editali previsti dalla fattispecie semplice. In questo caso si può, infine, affermare che la blindatura *del giudizio di bilanciamento con effetto trainante totale* realizza pienamente al contempo la funzione di «determinazione legale della fattispecie» e quella di «commisurazione legale della pena». Accanto all'articolazione del modello di privilegio appena esaminata è possibile individuare una seconda ipotesi di disciplina che si caratterizza per la produzione di un *effetto trainante parziale*. Ebbene, in questo caso il giudizio di bilanciamento non viene conformato nel proprio esito in maniera assoluta dal legislatore, ma resta aperto alla dichiarazione tanto della equivalenza, tanto della prevalenza della circostanza blindata. E' questo il caso contemplato dall'art. 69.4 c.p. il quale dispone che «le aggravanti della recidiva reiterata e quelle speciali del concorso di persone di cui agli artt. 11 e 112.1 n. 4 non possono essere ritenute soccombenti rispetto alle attenuanti concorrenti». La blindatura *del giudizio di bilanciamento con effetto trainante parziale* non estromette in maniera totale ed assoluta, come avviene nel caso precedente, il giudice dal giudizio di valenza, ma gli preclude solo di percorrere alcune soluzioni. E' d'uopo a questo punto giunti della riflessione precisare quanto segue. La blindatura con effetto trainante relativo può dare luogo ad un triplice diverso esito: a) "reale ed effettiva" (nel senso che anche il giudice attraverso una valutazione comparatistica delle diverse intensità di manifestazione delle singole circostanze in concorso sarebbe giunto a tale soluzione), a1) prevalenza delle circostanze dello stesso segno di quella blindata con regressione di quelle di segno opposto ad indici di commisurazione della pena in senso stretto, a2) equivalenza delle circostanze in concorso con reciproca elisione; b) "falsa" (nel raffronto in concreto il giudice sarebbe, infatti, giunto ad un esito differente rispetto a quanto imposto in via generale ed astratta dal legislatore) dichiarazione di equivalenza, in quanto prevalenti sarebbero dovute essere riconosciute le circostanze di segno opposto rispetto a quella blindata. In questo caso si ha una regressione alla fase della commisurazione della pena in senso stretto di quella sola parte che avrebbe dovuto portare alla dichiarazione della prevalenza ma che è stata elisa dalla blindatura che ha radicato l'esito sull'equivalenza; c) "falsa" dichiarazione di prevalenza delle circostanze dello stesso segno di quella blindata, ancorché sarebbero state dichiarate soccombenti attraverso un accertamento del caso concreto e della loro reale intensità valoriale/disvaloriale di manifestazione. In questa ipotesi, tutte le circostanze dichiarate soccombenti ancorché prevalenti verranno fatte operare quali indici di commi-

surazione della pena in senso stretto. Ciò precisato, occorre rilevare che le maggiori tensioni con i principi costituzionali si ravvisano nei casi *sub b)* e *sub c)* e certamente non *sub a)*. E' d'uopo, infine, rilevare che la blindatura *del giudizio di bilanciamento con effetto trainante parziale* mira a realizzare una funzione sia di «determinazione legale della fattispecie» sia di «commisurazione legale della pena», sebbene non attraverso l'annullamento del ruolo del giudice ma per mezzo del suo contenimento e limitazione.

5.5.4.2 La *ratio* delle limitazioni al giudizio di bilanciamento e le problematiche di costituzionalità sottese ai diversi modelli di blindatura

Particolarmente importante è, a questo punto giunti nella riflessione ed elaborazione dogmatica dell'istituto, individuare il fondamento sostanziale sotteso alle diverse ipotesi di blindatura del concorso eterogeneo di circostanze.

In via di prima approssimazione ed in maniera alquanto atecnica si può affermare che il legislatore nell'introdurre le diverse limitazioni al giudizio di comparazione si è richiamato alla esigenza di porre rimedio a contingenti eventi emergenziali di particolare rilevanza, in grado di incidere negativamente sull'ordine pubblico e sulla sicurezza pubblica, da intendersi quale allarme sociale e senso di insicurezza.

Ebbene, a noi pare che il richiamo così effettuato a concetti quale l'"ordine pubblico", il "senso di sicurezza" e l'"emergenza", siano piuttosto espressioni atecniche frutto di un linguaggio giornalistico e non propriamente giuridico ed in definitiva non in grado di dire niente sulla *ratio* delle limitazioni al giudizio di bilanciamento, né tantomeno se questo può dirsi unitario o poliedrico.

A nostro avviso di fondo alle diverse ipotesi di blindatura non è ravvisabile un disegno di politica criminale uniforme ma solo l'estemporanea esigenza di irrigidire la risposta sanzionatoria e contenere il potere discrezionale del giudice. Il legislatore ha, dunque, accordato il particolare privilegio nel giudizio di bilanciamento in maniera non uniforme, escludendo, ipotesi dal contenuto del tutto eterogeneo capaci di pregiudicare in generale la sicurezza. Non c'è, pertanto, una logica comune di fondo, ma si tratta di valutazioni meramente casuali ed estemporanee frutto di un determinato momento storico e della corrente politica dominante. Tutto ciò, si badi bene, è l'esatto opposto di quanto avveniva nella prima ipotesi di blindatura avutasi nel nostro ordinamento giuridico: quella prevista nell'originaria formulazione del codice Rocco per le circostanze ad efficacia speciale e personali. Ebbene, tale esclusione non era casuale e irrazionale, ma l'esito di una coerente scelta differenziatrice sul piano valoriale-funzionale dei suddetti elementi dalle ipotesi circostanzianti ad efficacia comune.

Più precisamente, occorre tuttavia distinguere ancora una volta la *ratio* sottesa alla «blindatura del singolo elemento circostanziente», dal fondamento sostanziale della «blindatura del giudizio di bilanciamento». Nel primo caso una *ratio* comune alle varie ipotesi non appare rinvenibile. L'unico dato trasversale ai differenti elementi risulta essere dettato dall'esigenza di definire legalmente il fatto di reato circostanziato ed eteroguidare il giudice nella commisurazione della pena. In buona so-

stanza, si tratta di scelte *del* momento e *sul* momento compiute dal legislatore in maniera svincolata da una visione unitaria e d'insieme. Il tutto avviene, dunque, in maniera casistica e caotica. Quanto, invece, alla «blindatura *del giudizio di bilanciamento*» occorre rilevare che tale disciplina si muove in controtendenza rispetto alla riforma del '74 e - sebbene ancora una volta in maniera casistica - l'intervento finisce con l'incidere più profondamente, rispetto al precedente modello, sull'assetto dell'intera commisurazione della pena.

Ebbene, concludendo sul punto occorre rilevare che con entrambi i suddetti modelli il legislatore persegue, sebbene con una differente pregnanza, una chiara funzionalità di «terminazione legale della fattispecie» e, per lo stretto legame fra i due termini, di «commisurazione legale della pena». E' come se, data l'urgenza di provvedere a contenere un determinato fenomeno criminoso particolarmente acuto nel momento storico, il legislatore decida di riprendere in mano le redini della commisurazione ed estrometta il giudice dalle operazioni di individuazione della fattispecie circostanziata e dosimetriche della pena. L'ampio potere discrezionale qualitativo di tipo *contra*-normativo è, infatti, avvertito come pericoloso ed in possibile contrasto con le esigenze repressive avanzate dal legislatore: di qui la scelta di contenerlo o addirittura eliminarlo.

Orbene, tutto ciò posto e considerato è d'uopo a questo punto soffermarsi sui possibili profili tensivi con i principi costituzionali di eguaglianza, proporzionalità ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio, che le circostanze privilegiate presentano.

La riflessione che ci accingiamo a compiere deve necessariamente essere condotta prestando particolare attenzione ai tre principali provvedimenti adottati dalla Corte Costituzionale sul punto. Il riferimento è alle note pronunce n. 38/1985¹⁰⁹; n. 192/2007¹¹⁰; n. 251/2012¹¹¹.

Ebbene, ancora una volta si impone una analisi separata dei due diversi modelli sopra evidenziati e delle loro articolazioni tipologiche.

Quanto alla blindatura *del singolo elemento circostanziante* occorre rilevare che non appare questa particolarmente problematica in entrambe le forme sopra delineate. La sua plausibilità di utilizzo non sembra, infatti, discutibile essendo il frutto di una scelta del tutto legittima del legislatore, il quale nel perseguire l'intento di assicurare l'applicazione di un determinato elemento circostanziante attua una deroga al giudizio *valutativo-sintetico* in favore - quantomeno in relazione al singolo elemento - di un computo *meccanicistico aritmetico*. Occorre, inoltre, osservare che questo modello di blindatura non è stato mai portato all'attenzione della Consulta. L'aritmetismo nel calcolo degli aumenti e delle diminuzioni di pena risulta, infatti, una opzione del tutto legittima - sebbene in controtendenza con la disciplina codici-

¹⁰⁹ Pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1293 ss. con nota critica di G. de Vero, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*.

¹¹⁰ Già ampiamente rievocata.

¹¹¹ Pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*.

stica ex 69 c.p. – in punto di disciplina del concorso eterogeneo di circostanze. Pur tuttavia, un rischio di illogicità e di tensione con le esigenze di ragionevolezza ed uniformità dell'ordinamento vi è anche in questa prima ipotesi, dal momento che le deroghe alla disciplina dettata dall'art. 69 c.p. avvengono in maniera profondamente eterogenea, casuale e casistica. Lo spettro che aleggia su tali interventi normativi è, pertanto, quello di dare corpo una norma irragionevole che finisce con il frantumare il tipo di reato con cui si va a combinare, con conseguente perdita del nucleo disvaloriale di riferimento¹¹².

Ciò precisato, occorre ora indagare sulla ben più complessa problematica della legittimità costituzionale della «blindatura *del giudizio di equivalenza o di prevalenza*». E' proprio questo, infatti, il modello portato alla attenzione, in più occasioni, della Corte Costituzionale la quale ha però sempre evitato – salvo, sebbene parzialmente, nell'ultimo provvedimento del 2012 – di prendere una decisione netta sul punto, aggirando così nei fatti il problema ed optando per soluzioni di “compromesso politico”. In buona sostanza, in tutte le suddette occasioni i giudici del merito osservavano che blindare il bilanciamento significherebbe violare i principi di eguaglianza, di proporzionalità ed individualizzazione della pena. Più precisamente – sebbene in maniera sintetica –, si rilevava che sotto il profilo dell'art. 3 Cost. l'esito obbligato nel senso della prevalenza o della equivalenza potrebbe condurre ad applicare pene identiche a violazioni di rilievo penale enormemente diverso. Quanto poi alla violazione del principio di individualizzazione e di proporzionalità si effettua il tradizionale richiamo alla violazione dell'art. 27 Cost. osservando che così procedendo si potrebbe giungere ad una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso, così che il condannato non potrà avvertirla come rieducatrice ma solo come brutale o eccessivamente blanda, suscitando in entrambi i casi ulteriori possibili istinti antisociali. Ebbene, la Corte Costituzionale nei suoi provvedimenti non ha mai palesemente dichiarato incostituzionale la disciplina in esame sebbene mediante il ricorso ad argomenti non sempre corretti e pertinenti. Più precisamente, il Giudice delle Leggi ha cercato di ravvisare un diverso momento di discrezionalità che pur sempre sopravvivesse nonostante la blindatura in capo al giudice. Un momento di discrezionalità che si andasse a collocare a monte dello stesso giudizio di valenza o che comunque fosse pur sempre in grado di caratterizzare in maniera significativa le operazioni dosimetriche. Tale obiettivo è stato perseguito con le pronunce n. 38/1985 e n. 192/2007 in maniera non sempre rigorosa e giuridicamente corretta. Più analiticamente, con il primo provvedimento sopra richiamato si pensò di aggirare il problema dell'illegittimità costituzionale dell'aggravante della finalità di terrorismo – nella sua formulazione a seguito della legge n. 15/1980 –, ritenendo il giudizio di comparazione meramente *facoltativo*, così che la prevalenza delle aggravanti si sarebbe posta come esito vincolato solo se il giudice non avesse ritenuto di applicare distintamente e successivamente, ai sensi dell'art. 63 c.p., le variazioni di pena de-

¹¹² L'irrazionalità appare ad esempio manifesta nell'aggravante della guida in stato d'ebbrezza in orario notturno. Perché le 7.00 e non le 7.30 o le 6.30 del mattino?

terminate da tutte le circostanze concorrenti. La sentenza n. 192/2007, in tema di recidiva reiterata, ha, viceversa, affermato che essendo questa di tipo discrezionale necessita pur sempre una previa valutazione del giudice sull'opportunità o meno di dichiararla. Gli effetti legalistici determinativi della fattispecie circostanziata e commisurativi della pena vengono così aggirati nell'un caso facendo leva sulla facoltatività del giudizio di bilanciamento e nell'altro caso sulla facoltatività dell'elemento circostanziante. La Corte Costituzionale ha cercato così di recuperare al giudice in altre forme ciò che il legislatore aveva sottratto: il potere valutativo discrezionale di tipo qualitativo. Più interessante è, invece, la sentenza n. 251/2012 la quale per la prima volta ritiene l'art. 69.4 c.p. parzialmente illegittimo perché introduce, in relazione all'art. 73.5 D.P.R. n. 309/1990, una irragionevole presunzione di gravità che violerebbe i principi di eguaglianza e proporzionalità della pena. In buona sostanza, anche in questo caso – come nei precedenti – non si afferma apertamente che la blindatura del giudizio di bilanciamento è illegittima, perché introduce una inammissibile presunzione assoluta che non può logicamente conciliarsi con un giudizio comparativo come quello sotteso all'art. 69 c.p., ma - e qui la importante novità - si dichiara parzialmente incostituzionale norma poiché prevede un effetto irragionevole rispetto ad una particolare ipotesi di reato. Ebbene, tutto ciò osservato è d'uopo rilevare che in via generale ed astratta le deroghe al bilanciamento appaiono possibili e rientrano nell'ambito delle scelte del legislatore ove volte a sostituire un giudizio *meccanicistico aritmetico* ad uno *sintetico-valutativo*, ma non anche ove si pretenda di introdurre *presunzioni assolute* con effetti *sintetico-valutativi* disposti direttamente dal legislatore. In questo caso, che è l'ipotesi della blindatura con effetto trainante, si creerebbe una incompatibilità logica fra l'*essenza* del giudizio di valenza *ex art. 69 c.p.* che fonda le proprie radici su di un raffronto fra le diverse intensità valoriali/disvaloriali con cui si sono manifestati i singoli elementi circostanzianti e la presunzione assoluta ed astratta attuata dal legislatore con la blindatura, che prescinde da tale investigazione.

Non appare che potersi concludere, dunque, affermando che se la blindatura del singolo elemento circostanziante appare costituzionalmente legittima (salvo risulti irragionevole ed eccessivamente casistica) così non è la blindatura del giudizio di bilanciamento che viceversa risulta in un insanabile contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

6. Le circostanze a variazione di pena indipendente od autonoma. Il non senso della distinzione fra discrezionalità *quantitativa*, discrezionalità *qualitativa* e *fissità*

Dalla analisi delle istanze legalistiche e discrezionali, nonché dalla loro concreta modulazione all'interno della tipologia di circostanze c.d. ad efficacia speciale, emerge la conferma di quanto fino ad ora osservato sulle stesse.

Rispetto a queste non ha, infatti, alcun senso parlare di discrezionalità *quantitativa*, né tantomeno di discrezionalità *qualitativa* e di *fissità*.

Ricalcolando la forbice edittale o addirittura la *species* della pena queste esauriscono, infatti, il loro effetto e la loro funzione sul solo piano astratto. Concorrono, dunque, in maniera inequivocabile a rideterminare legislativamente la fattispecie di reato ed il suo trattamento sanzionatorio. In buona sostanza e senza dilungarsi sul punto, essendo queste nozioni ampiamente acquisite ed approfondite nella disamina del capitolo secondo, la nuova fattispecie di reato frutto della combinazione fra fattispecie semplice ed elemento circostanziante a variazione di pena indipendente od autonoma presenta una discrezionalità sia per *tipologia* sia per *momento* di operatività in tutto e per tutto identica a quella che caratterizza la commisurazione in senso stretto e, pertanto, le operazioni dosimetriche della pena-base.

Ebbene, le circostanze autonome od indipendenti prospettano un diverso quadro edittale e, quindi, vanno a delineare una nuova valutazione da parte del legislatore dell'entità astratta del fatto, con la conseguenza che tali elementi restano definitivamente sottratti alla dimensione della commisurazione giudiziale.

Nell'applicare una circostanza ad efficacia speciale vi è, dunque, una unica fase di giudizio a cui corrisponde un solo momento di discrezionalità perfettamente coincidente con quello del reato circostanziato. Da qui la contiguità logico-strutturale tra circostanze ad efficacia speciale e singole figure autonome di reato.

Quanto alla discrezionalità torna ad essere questa solo quella infraedittale incardinata sui riferimenti normativi di cui agli artt. 132 e 133 c.p. e teleologicamente guidata dalle funzioni della pena¹¹³. La valutazione discrezionale può poi essere anche annullata dal legislatore in tutti quei casi in cui la circostanza ad efficacia speciale accordi una nuova e diversa pena di tipo fisso alla *costituenda* fattispecie¹¹⁴.

In conclusione, pertanto, le osservazioni in punto di discrezionalità e legalità dell'istituto delle circostanze ad efficacia speciale coincidono per caratteristiche, struttura e modulazione a quanto osservato in relazione alle operazioni di commisurazione della pena in senso stretto.

7. L'obbligo di motivazione sotteso al potere discrezionale del giudice: funzione garantista e controllo «autogovernato»

La discrezionalità giudiziaria e le contrapposte esigenze legalistiche come analizzate nelle diverse modulazioni nei vari istituti e discipline, presentano una problematica di fondo, fino ad ora non espressamente affrontata¹¹⁵ ma con cui è giunto il momento – seppur in maniera sintetica - di confrontarsi: quali i limiti ed i criteri direttivi a cui debba rispondere il potere discrezionale del giudice?

Ebbene, abbiamo osservato che un catalogo rigido di elementi e criteri non sussiste né appare ragionevole ipotizzarlo, ma è lo scopo e la funzione di ogni singolo

¹¹³ Secondo i caratteri osservati nel capitolo terzo.

¹¹⁴ Ciò accade ad esempio nell'art. 576 c.p., in cui si viene ad applicare la pena dell'ergastolo (che è una pena fissa) in luogo della reclusione non inferiore a ventuno anni.

¹¹⁵ Salvo nel paragrafo primo del presente capitolo.

istituto a dover guidare il giudice. La discrezionalità e, quindi, la scelta di deferire in capo ad un potere differente da quello legislativo un ampio potere valutativo e definitivo del disvalore del fatto circostanziato è, infatti, funzionale alla realizzazione degli scopi della singola norma per i quali si ritiene possa provvedervi in maniera più idonea il proprio giudice.

L'opera valutato-discrezionale sia essa *quantitativa* che *qualitativa* deve, però, passare attraverso un importante limite: l'obbligo di motivazione. Normativamente espressamente previsto dall'art. 132 c.p., si fa questo foriero di preminenti istanze garantiste ed obbliga al giudice ad dare conto della logica argomentativa che lo ha condotto a determinate soluzioni.

E' d'uopo a questo punto, analizzare con più attenzione questo specifico istituto nella diversa efficacia che se ne può cogliere da un punto di vista prima "deontologico" ed in seguito "prasseologico".

La discrezionalità penale è, da un punto di vista *deontologico*¹¹⁶, una discrezionalità "controllata". Il giudice, infatti, per mezzo della motivazione deve rendere conto dei criteri, degli indici e dei giudizi di valore che ha preso in considerazione nella fase di commisurazione della pena. Deve dimostrare di «aver ragionato e come ha ragionato»¹¹⁷, così da permettere alle parti di analizzare l'*iter* logico da lui seguito. Eventualmente, saranno queste ultime ad contestare la decisione impugnandola, qualora la ritengano viziata nella motivazione. Risulta evidente, quindi, da queste prime considerazioni la funzione di garanzia sottesa a tale istituto.

Se però dal piano deontologico si passa a quello *prasseologico*, la situazione muta in maniera radicale e sorprendente. Motivazioni assenti, uso di c.d. "formulette pigre", assenza di correlazione tra grado di analiticità della motivazione e *quantum* di pena irrogata, ma soprattutto il fenomeno della c.d. "motivazione implicita" sono solo alcuni dei vizi della motivazione che nella prassi giurisprudenziale si presentano con regolarità. Ne segue una motivazione sicuramente non esauriente, che nasconde il rischio di un ineffabile "intuizionismo" giudiziario. Occorre, peraltro, constatare che tali difetti si manifestano specie in relazione a quegli istituti che esaltano la discrezionalità *qualitativa* del giudice, rispetto ai quali, viceversa, le esigenze di dare una puntuale motivazione si pongono con maggiore pregnanza. In tal senso pressoché assente è, infatti, ogni spiegazione sul perché un segno di circostanze sia stato ritenuto prevalente od equivalente rispetto a quello ad esso contrapposto. Tale tendenza ad eludere nel concreto l'obbligo di rendere conto dei propri ragionamenti, sottraendoli così a qualsiasi verificabilità, ha fatto sì, che in sede commisurativa la discrezionalità si trasformi sovente in decisione libera propriamente arbitraria. La suddetta situazione comporta nel concreto un patologico fenomeno di supplenza del potere discrezionale del giudice nei confronti di quello legislativo, a tal punto da po-

¹¹⁶ Cfr. sul punto e per l'utilizzo delle espressioni sopra riportate A. Gargani, *Commisurazione della pena*, cit., 10.

¹¹⁷ Cfr. A. Gargani, *Commisurazione della pena*, cit., 15.

tersi addirittura parlare di una “politica penale giudiziaria”, consistente nel distacco della prassi dal piano della legalità.

Ebbene, il panorama della giurisprudenza dal dopoguerra ad oggi ci porta, dunque, a ritenere che l’esercizio del potere discrezionale abbia costituito l’espressione di una politica penale giudiziaria. Occorre sul punto, peraltro, osservare che la magistratura nel suo complesso ha tenuto presente finalità diverse da quelle per le quali le era stato attribuito tale potere in relazione ad ogni singolo istituto. In particolare, la diffusa tendenza ad applicare la pena nel minimo edittale e la completa inosservanza dell’obbligo di motivazione costituiscono i segnali evidenti di un processo di “reazione” all’eccessivo rigorismo sanzionatorio del codice Rocco e la volontà da parte della magistratura italiana di sottrarsi da ogni tipo di controllo in ordine alle proprie scelte valutative – così delicate specie per la reazione della opinione pubblica - in punto di commisurazione della pena.

In assenza, quindi, di una organica *politica criminale legislativa* sembra esservi fatta strada in questi anni una *politica penale giudiziaria*, sorretta dall’urgenza e dalla necessità di colmare una frattura all’interno stesso ordinamento.

E’ d’uopo, infine, osservare che l’immobilismo legislativo nel settore della parte speciale ed in particolar modo le frequenti “deleghe” più o meno ufficiali a colmare ogni giorno lacune sempre più vaste ha determinato nel giudice un senso di indipendenza difficilmente superabile.

Può affermarsi, quindi, che il potere discrezionale è nell’attuale contesto normativo sprovvisto di una tipizzazione quanto a presupposti e criteri. Il legislatore ha stabilito in astratto pene anche molto severe e tentato di imbrigliare il giudizio di adattamento della pena al caso concreto tramite la predisposizione di circostanze tipizzate proprie, ma alla fine si è affidato in sostanza al “buon senso” del giudice attribuendogli strumenti, come le circostanze attenuanti generiche od il giudizio di bilanciamento in caso di concorso eterogeneo, capaci di sovvertire radicalmente ogni misura legale della sanzione ed ancor più ogni decisione del legislatore. Sulla base di questi presupposti si è diffusa una concezione tanto critica quanto rigorosa, che sostiene si possa correttamente parlare oggi solo di un «autogoverno» del giudice per la gestione di un potere fondamentalmente libero: «data l’impossibilità di identificare dei limiti o criteri direttivi a livello normativo, la giurisprudenza si è regolamentata da sola e la prassi è esemplificativa in tal senso»¹¹⁸. Una conseguenza di ciò sarebbe proprio l’elusione nella prassi dell’obbligo di motivazione. La giurisprudenza di legittimità ha, peraltro, sul punto assunto nel tempo posizioni contrastanti che hanno contribuito alla creazione di un clima ancor più di incertezza. L’atteggiamento della Suprema Corte appare lo specchio della enorme difficoltà che nella prassi si riscontra nel momento in cui si tenta di imbrigliare un potere del giudice di merito che «si atteggia alla stregua di un esercizio di equità».

¹¹⁸ Cfr. A. Vallini, *Circostanze del reato*, cit., 59 ss

Considerazioni conclusive. *Requiem* per le circostanze. Ripensare il futuro della commisurazione della pena

Giunti al termine della disamina dell'attuale sistema in materia di circostanze, si rendono necessarie alcune proposizioni conclusive.

Il nodo problematico e centrale dell'intera materia, da cui dipendono tutte le considerazioni fatte in punto di *funzione*, di *tipicità* e di rapporto fra istanze *legalistiche* e *potere discrezionale del giudice* e che deve essere sempre tenuto presente nella analisi dell'istituto, è rappresentato dal fatto che l'elemento circostanziale opera in presenza di un fatto tipico e lo va a caratterizzare in maniera peculiare. Non siamo, quindi, in presenza di un'estensione della tipicità a fatti altrimenti atipici con conseguente funzione incriminatrice¹, ma di una specificazione del disvalore del fatto con funzione essenzialmente commisurativa. Le circostanze proprie, infatti, incidono sul disvalore del reato non in termini costitutivi, ma con effetti in ordine alla risposta sanzionatoria.

Più precisamente, le circostanze rappresentano, dunque, un istituto del tutto peculiare poiché da un lato, sotto il profilo della loro capacità di contribuire alla migliore individualizzazione e definizione del fatto attengono a problemi di disvalore del reato e, quindi, di tipicità; dall'altro lato esplicano, invece, i loro effetti nel momento commisurativo della pena.

Ebbene ciò ribadito, dal momento che non deve essere mai dimenticato specie in una ottica di riforma del sistema sanzionatorio, occorre osservare che la dottrina è ormai pressoché unanime nel sostenere che il codice Rocco necessita, anche per quanto riguarda il sistema delle circostanze del reato, di una riforma *organica* e non meramente *settoriale*. Altra esigenza ormai comunemente avvertita nella dosimetria della pena è quella di dare luogo ad una miglior regolamentazione dell'esercizio del potere discrezionale del giudice individuando in maniera chiara e precisa scopi e funzioni dei diversi istituti ed imponendo, altresì, un maggior rispetto dell'obbligo di motivazione.

Più precisamente, in ordine all'istituto delle circostanze proprie si riscontra una divergenza di vedute, accomunate solo da una medesima richiesta riformista al legi-

¹ Quanto appena osservato avviene, infatti, nel caso del delitto tentato e del concorso di persone nel reato.

slatore: rimodulare i limiti edittali delle singole fattispecie incriminatrici rendendoli così più consoni alle esigenze del nostro tempo.

In particolare, da un lato (e rappresentano queste la maggioranza delle opinioni) vi è chi sostiene la necessità di mantenere il sistema delle circostanze del reato cercando di razionalizzarlo attraverso un contenimento del potere discrezionale del giudice ormai incontrollato ed incontrollabile. In tale ottica si propone, dunque, l'adozione di tutta una serie di riforme settoriali *ad hoc* per specifiche disposizioni normative, volte in particolar modo a comprimere il più possibile la discrezionalità *qualitativa* del giudice². Dall'altro lato si è fatta strada, invece, una diversa proposta che si differenzia dalle altre per il carattere "estremo" delle proprie conclusioni. Questa, infatti, rifugge ogni intervento settoriale in quanto avvertito come inidoneo a risolvere il problema della commisurazione della pena latamente intesa ed unicamente capace di produrre effetti "preterintenzionali" e prospetta, dopo la riforma dei limiti edittali, la totale eliminazione dell'istituto delle circostanze del reato. Più precisamente, si osserva che le circostanze ad *efficacia speciale* saranno facilmente riconducibili ad elementi costitutivi di reati autonomi, mentre quelle ad *efficacia comune* non avranno più senso di esistere quali circostanze con efficacia *extra*-edittale data la ridefinizione (purché corretta) dei limiti e potranno, quindi, essere restituite alla loro originaria vocazione illuministica di strumenti di individuazione della pena aventi efficacia meramente *infra*-edittale³.

I progetti di riforma che hanno interessato il codice Rocco sono stati ben sette, ma per un motivo o per l'altro, non sono mai riusciti a superare il vaglio delle Camere. E' d'uopo, comunque, rilevare - in via preliminare - che si caratterizzano questi tutti per il mantenimento del sistema delle circostanze proprie del reato e per la sua riorganizzazione secondo una stretta legalitaria. Sicuramente il gran numero dei

² Cfr. in tal senso M. Caputo, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, cit., 224; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 333 ss.; G. Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 976 ss.; M. Lombardo, voce *Circostanze*, cit., 98 ss.

³ Cfr. in tal senso A. Manna, voce *Circostanze del reato*, cit., 15 s.; A. Vallini, voce *Circostanze del reato*, cit., 40 ss.; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 227 ss. Quest'ultimo Autore in particolare auspica la scomparsa delle circostanze ad efficacia speciale ed evidenzia l'inutilità (*post* riforma dei limiti) della efficacia *extra*-edittale delle circostanze ad efficacia comune, ma da tutto ciò, eccezionalmente, esclude le attenuanti generiche. Queste resterebbero, quindi, l'unica forma di circostanza ad efficacia *ultra*-edittale, purché rispondano ad esigenze di carattere eccezionale e non indulgenzialiste come avviene, invece, nella odierna prassi giurisprudenziale. Le generiche in tal modo non sarebbero più, dunque, espressione di indulgenza del giudice ma permetterebbero a qualsiasi elemento fattuale avente valore attenuante in concreto di incidere sulla commisurazione della pena adeguandola al caso concreto. E' evidente come in questo senso venga esaltata e riconosciuta la legittimità e necessità dell'istituto delle generiche sulla base della loro *ratio* sostanziale. Anche un'altra autorevole dottrina evidenzia tale aspetto, sostenendo a sua volta il mantenimento delle generiche e criticando, conseguentemente, la scelta del progetto Pagliaro di eliminarle. La via dell'eliminazione rappresenterebbe un errore di valutazione dettato dalla sovrapposizione fra ciò che ha rappresentato la strumentalizzazione storica dell'istituto e quanto ne ha, invece, costituito il reale fondamento originario. Potremmo dire secondo il linguaggio invalso nel capitolo terzo della presente trattazione confusione fra *ratio legis* ed *occasio legis*.

progetti già di per sé evidenzia come sia forte l'esigenza di una riforma organica del codice (anche se alcuni di questi progetti sono stati fortemente criticati perché comportanti risposte a singole problematiche) ed il sistema delle circostanze è una delle parti maggiormente oggetto di attenzione da parte delle varie commissioni. Ebbene, nei vari progetti si possono riscontrare sia delle linee comuni che alcune differenze. In primo luogo, tutti si pongono il problema della eccessiva discrezionalità concessa al giudice ed in questo senso sono, chi più chi meno, concordi nel corroborare e dare nuova linfa al principio di legalità (ed ai suoi corollari della determinatezza e della tassatività), con conseguente contenimento del potere discrezionale del giudice nella fase commisurativa in senso lato. Si mira così ad ottenere una maggior certezza ed efficacia della pena. In questo senso viene stabilito, in quasi tutti i progetti di riforma, che « sono circostanze solo quelle espressamente qualificate come tali dalla legge ». Occorre, peraltro, osservare che nessuno dei progetti giunge alla soluzione estrema di una totale eliminazione del sistema delle circostanze proprie. Queste vengono, anzi, mantenute perché ritenute strumenti indispensabili al migliore adeguamento della pena al caso concreto, con l'unica parziale eccezione prevista dai progetti Nordio e Pisapia, i quali mantengono solo le circostanze ad efficacia comune rendendo quelle ad efficacia speciale elementi costitutivi di reati autonomi. Altra esigenza sentita uniformemente da tutte le commissioni è quella di "mettere ordine" nel sistema delle circostanze. A ciò si lega una generale razionalizzazione del novero degli elementi tradottasi, nel concreto, in una loro riduzione dato il carattere di eccezionalità che la variazione *extra*-edittale deve venire a rivestire a seguito della riforma delle cornici edittali. Sintomi evidenti di un costante perseguimento di certezza della pena, a discapito di una eccessiva discrezionalità concessa al giudice, sono poi sicuramente *in primis* la proposta di sostituire il giudizio *ex art. 69 c.p.*, ritenuto eccessivamente discrezionale, con una mera somma algebrica delle circostanze ed in secondo luogo (oggetto però solo dei progetti più recenti Grosso, Nordio e Pisapia) ed in secondo luogo il contenimento dell'oscillazione della variazione della pena base ad opera della circostanza rendendola inferiore ad un terzo. Tutto ciò al chiaro scopo di limitare la discrezionalità *qualitativa e quantitativa* del giudice.

Alla luce delle osservazioni fin qui svolte, a seguito di un attento esame dei progetti di riforma del codice penale, riteniamo che la soluzione più accreditata che introduce – seppur in maniera puntuale e logica – innovazioni settoriali, come quelle sopra descritte, non sia convincente e pertanto non validamente percorribile. Tale netta presa di posizione trova giustificazione nel fatto che le riforme *ad hoc* risulterebbero foriere di effetti "preterintenzionali" che rendono ancor più caotico il sistema commisurativo. Interventi incisivi su singoli istituti rischiano, infatti, di compromettere ancor più seriamente il sistema contribuendo a caratterizzarlo in maniera più magmatica ed irrazionale di quanto non lo sia già.

Dovrebbe, dunque, essere presa in considerazione per restituire organicità e coerenza al sistema, la via della definitiva scomparsa dell'intera categoria delle circostanze. Ebbene, a noi pare che la più sensata riforma in materia di circostanze del reato sia, pertanto, la loro eliminazione.

A ben vedere, infatti, questo è un istituto *insensato* in quanto sprovvisto di legittimazione logico-sistematica ed al contempo *pericoloso* quanto a conseguenze.

Insensato poiché nell'ottica di un legislatore razionale la predisposizione di una determinata cornice edittale per ogni singola fattispecie di reato dovrebbe rappresentare ed indicare l'intera gamma fenomenologico-disvaloriale dello stesso. Più precisamente, il limite massimo dovrebbe indicare la forma di concreta manifestazione più grave che si possa immaginare di quel reato ed il limite minimo la forma di concreta manifestazione meno grave. Ebbene, ove poi un legislatore razionale intendesse dare rilievo ad elementi ulteriori rispetto a quelli costitutivi del reato occorre effettuare la seguente verifica e distinzione. Se ritiene che quell'elemento ulteriore incida sulla gravità concreta del reato senza però mutarne la qualità, dovrà essere questo logicamente ricompreso nell'alveo degli indici di commisurazione della pena. Il trattamento sanzionatorio in questo caso deve, dunque, pur sempre mantenersi nei limiti edittali che rappresentano le ipotesi astrattamente immaginabili più gravi o meno gravi del reato. Ove viceversa, il legislatore ritenga che un determinato elemento incida sia sulla gravità che sulla qualità del reato allora deve dare luogo alla configurazione di un nuovo reato autonomo. In buona sostanza, dunque, a fronte di una incisione di tipo qualitativo non ci troveremmo di fronte ad un problema di tipo dosimetrico-infraedittale, ma di determinazione di una autonoma fattispecie incriminatrice: *tertium non datur*. Tuttavia, nei fatti un terzo modello appare essere configurato: il reato circostanziato. Questo, infatti, sul piano qualitativo corrisponde al reato base rappresentandone una sua articolazione valoriale/disvaloriale e sotto il profilo della pena permette una rottura degli argini edittali. Ebbene, alla luce di quanto osservato, nulla di più *insensato*.

Pericoloso, invece, poiché l'istituto delle circostanze del reato può facilmente affievolire od eludere le garanzie fondamentali in materia penale che, viceversa, trovano piena applicazione in tutto il loro rigore laddove fosse previsto un titolo autonomo di reato. In tal senso occorre rilevare come giochino un ruolo fondamentale il peculiare regime di imputazione delle circostanze (specie *ante* riforma del 1990) ed il meccanismo di blindatura delle circostanze c.d. privilegiate.

L'ipotesi abolitoria sopra delineata risulta a ben vedere solo apparentemente sconvolgente, comportando in realtà un trapasso meno doloroso del temuto, senza il rischio, a nostro avviso, della creazione di un sistema penale asimmetrico o addirittura monco.

Ed infatti, la soluzione delineata, lungi dal costituire una ipotesi del tutto nuova nel panorama internazionale, rappresenterebbe invece un necessario adeguamento, sotto il profilo che qui ci occupa, del sistema penale italiano a quei sistemi, come quello tedesco, improntati già da tempo alla integrale attuazione del principio di colpevolezza, i quali, non a caso, non conoscono un sistema codificato di circostanze se non in quei rari casi di circostanze c.d. indefinite; e ciò proprio perché gli elementi che nel nostro sistema fungono da circostanze, negli ordinamenti d'oltralpe costituiscono viceversa o elementi costitutivi di reati autonomi, oppure criteri di commisurazione della pena. Ed anche il codice penale francese, pur appartenendo ad un sistema penale più simile al nostro e a quello spagnolo, riduce le circostanze aggravan-

ti all'osso, a soli cinque casi: banda armata, premeditazione, effrazione, introduzione con destrezza, uso di armi. Lo stesso dicasi per il modello adottato dal sistema spagnolo, che – salvo in rare ipotesi fra cui le circostanze c.d. analogiche – fa operare le circostanze del reato all'interno della cornice edittale orientando il giudice verso i margini medio-superiori o medio-inferiori.

Non ci sembra, inoltre, che nella prospettiva di una completa riforma del codice penale, l'eliminazione degli elementi circostanziali possa comportare particolari problemi di tecnica giuridica. Per quanto concerne, infatti, le attuali circostanze ad efficacia speciale, sarebbe certamente agevole assimilarle agli elementi costitutivi del reato, in quanto già in molti casi disciplinate in termini simili a questi ultimi; basta ad esempio osservare le disposizioni in tema di determinazione della competenza (art. 4 c.p.p.), o di applicazione degli aumenti o diminuzioni di pena nel caso di applicazione di altre circostanze omogenee (art. 63.3 c.p.). Lungi dal provocare, dunque, un insanabile sconvolgimento del sistema penale, le circostanze ad efficacia speciale si trasformerebbero in elementi costitutivi di nuovi reati autonomi non circostanziati, anche se in rapporto di specialità con gli originari reati base. Ci pare, infatti, preferibile che il giudice irroghi la sanzione operando soltanto nell'ambito della pena edittale, e rinunciando definitivamente alla attuale alterazione della cornice della pena, causata dell'eventuale applicazione delle circostanze.

Ebbene, nata per evidenti ragioni di giustizia, e cioè per riaprire spazi di commisurazione per fattispecie prive nella sanzione di apprezzabile elasticità, l'alterazione della cornice edittale della pena è stata sostanzialmente utilizzata, dal codice Rocco, quale iniquo strumento repressivo, ed in seguito (basta pensare all'art. 62 bis c.p.) per l'opposta esigenza di ridurre nel concreto gli elevati minimi edittali della parte speciale, scaricando tuttavia in modo eccessivo il compito sulla discrezionalità del giudice. Ma in un nuovo codice penale che ridefinisca tutte le cornici di pena, e che preveda al contempo una sufficiente elasticità nell'ambito della commisurazione della sanzione all'interno dei limiti edittali, non si prospetta di alcuna utilità fuoriuscire dalle cornici preordinate: non ve ne è, infatti, più alcun bisogno. Così come nello stesso tempo non vi sarebbe più alcuna necessità di un giudizio di bilanciamento di circostanze, con tutti i problemi cui ha dato luogo, giacché le circostanze medesime scomparirebbero e, conseguenzialmente, anche di un autonomo regime di imputazione oggettiva di elementi che, invece, non possono non essere imputati che soggettivamente. E' d'uopo, infine, osservare che tale soluzione finale non farebbe che portare alle logiche ultime conseguenze lo spirito animatore della novellazione del '90, la quale, forse per mancanza di tempo, ha cercato di sanare gli aspetti macroscopici di incostituzionalità in materia di circostanze, senza, tuttavia, porre mano ad una generale e (definitiva) riforma dell'istituto.

Alcune battute conclusive si impongono.

Il sistema delle circostanze del reato si pone, dunque, quanto mai oggi in una ottica di trasformazione.

Da espressione "autentica" di un sistema chiuso, monolitico di stampo kelseniano, fondato su di una concezione rigoristico-formale del principio di legalità ed im-

prontato alla costruzione per tipi chiusi, cede il passo alla dimensione *flou* e realistica del diritto.

La dimensione pluralistica e policentrica e la definizione e rideterminazione del perimetro delle categorie, sembrano, infatti, dinamicamente corroborare il ricorso a *tipi circostanziati aperti*, alla discrezionalità *quantitativa* e *qualitativa* ed avviare così la materia verso la sua giurisdizionalizzazione (o giurisprudenzializzazione che dir si voglia). Il giudice acquisisce, dunque, sempre di più un ruolo creativo e di formante, conducendo il sistema verso l'assunzione di un vero e proprio primato nella produzione del diritto vivente.

Di qui la crisi della fattispecie tipica chiusa e la sua evoluzione (o forse sarebbe meglio dire involuzione) verso le sue derive degenerative e cioè verso la costruzione di sottotipi casisticamente descritti o fortemente elasticizzati, come tali idonei ad essere "riempiti" dall'opera creatrice del giudice.

Le anime sopra delineate, sebbene espressione di periodi storici diversi ma ciclicamente riaffioranti e concezioni che appaiono tra loro fortemente distanti, continuano ad oggi a convivere e differentemente modularsi nel sistema delle circostanze del reato e più precisamente all'interno di ogni singolo elemento od istituto.

Tutto ciò nel suo magmatico caos deve, tuttavia, spingere il "giurista" al riordino ed alla razionalizzazione di ciò che non è più monolitico e sensato, rifuggendo le soluzioni estremiste alla ricerca di una composizione equilibrata fra le diverse ed antitetico istanze. Occorre cioè guardarsi bene dal corroborare in maniera eccessivamente marcata la tendenza sia a riporre eccessiva fiducia nel giudice - dal momento che può questa degenerare in un potere discrezionale sostanzialmente libero - sia ad accentrare nel legislatore i compiti dosimetrici della pena - dal momento che le istanze legalistico-securitarie sono in realtà incapaci di conferire certezza alla pena rivelando viceversa con estrema facilità il volto più truce ed autoritario del diritto penale -.

In una parola, non possiamo dimenticare che un giudizio elasticizzato e la valorizzazione del potere valutativo-discrezionale appaiono oggi realtà non più rinnegabili, seppur sempre da guardare con quella legittima cautela imposta dal legalismo penale.

Ebbene, nella materia delle circostanze del reato i giorni in cui si continueranno ad udire i rintocchi delle campane non appaiono ancora tramontati ed il loro *requiem* risulta insperatamente lontano.

Bibliografia

- Adami V., *Ancora sul calcolo delle circostanze attenuanti agli effetti dell'applicazione dell'amnistia del 1990*, in *Il nuovo diritto*, 1992, 315 ss.
- Id., *La ricettazione attenuata*, in *Cass. pen.*, 1992, 1945 ss.
- Id., *Le attenuanti nel calcolo della pena agli effetti dell'applicazione dell'amnistia elargita col d.p.r. 12 aprile 1990, n. 75*, in *Il nuovo diritto*, 1992, 108 ss.
- Agostini L., *L'ambiguo ruolo dell'art. 609 ter c.p. a metà strada tra gli artt. 609 bis e quater c.p.*, in *Cass. pen.*, 2011, 381 ss.
- Aiello C., *Sull'applicabilità di un provvedimento d'indulto a seguito di giudizio di comparazione tra circostanze, ai sensi dell'art. 69 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 336 ss.
- Albamonte A., *Considerazioni generali in ordine all'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 274 ss.
- Id., *L'oggetto del delitto di frode in commercio*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 452 ss.
- Id., *La problematica delle circostanze cosiddette autonome alla luce della riforma dell'art. 69 del codice penale*, in *Riv. pen.*, 1978, 9 ss.
- Id., *Violenza privata e attenuante del danno di speciale tenuità*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 53 ss.
- Albamonte E., *Delitto tentato e circostanze, con particolare riferimento alle circostanze che attribuiscono rilievo al danno patrimoniale*, in *Riv. pen.*, 1992, 529 ss.
- Id., *L'estensibilità delle circostanze al delitto tentato*, in *Giust. pen.*, 1973, II, 238 ss.
- Alessi G., *Per la modifica degli artt. 99 e 100 del codice penale sulla recidiva*, in *Montecitorio*, 1965, (10/11), 23 ss.
- Alibrandi A., *L'aggravante della colpa con previsione nei reati stradali*, in *Riv. circ. trasp.*, 1998, 193 ss.
- Id., *Danno da sinistro stradale, risarcimento ad opera dell'assicuratore ed attenuante della riparazione del danno*, in *Arch. giur. circ.*, 1994, 497 ss.
- Id., *Risarcimento ad opera dell'assicuratore e attenuante della riparazione del danno ex art. 62, n. 6, c.p.*, in *Riv. pen.*, 1992, 164 ss.
- Alimena F., *I rapporti fra la premeditazione ed il vizio parziale di mente*, in *Riv. pen.*, 1935, 855 ss.
- Altavilla E., *Appunti sulla recidiva*, in *Arch. pen.*, 1965, I, 258 ss.
- Id., *Conciliabilità delle circostanze attenuanti dell'art. 62, n. 1 e 2 c.p.*, in *Scuola pos.*, 1933, II, 517 ss.
- Id., *Inconciliabilità della premeditazione con l'attenuante del motivo di particolare valore morale*, in *Scuola pos.*, 1933, II, 512 ss.
- Id., *Provocazione e premeditazione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, 329 ss.
- Amarilli G., *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, 2815 ss.
- Amato A., *Ubriachezza abituale e concorso di circostanze*, in *Foro pen.*, 1965, 81 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Amato G., *Alcune considerazioni sulle circostanze del reato: in particolare sulla circostanza di abuso di relazioni di prestazione d'opera*, in *Giust. pen.*, 1962, II, 196 ss.
- Id., *Buona regola operativa da parte della polizia è la rappresentazione delle circostanze rilevanti*, in *Guida dir.*, 2009, 38, 44 ss.
- Id., *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelati*, in *Guida dir.*, 2002, 42, 64 ss.
- Id., *Droga: compatibile l'attenuante del fatto lieve con l'aggravante per cessione a minorenni*, in *Guida dir.*, 2010, 42, 89 ss.
- Id., *Fatto di «lieve entità» e incensuratezza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1999, 3438 ss.
- Id., *Il recidivo va a caccia di "generiche"*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 56 ss.
- Id., *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida dir.*, 2008, 32, 89 ss.
- Id., *Se comporta l'aumento di pena superiore a un terzo la recidiva è una circostanza a effetto speciale. Con un'organica ricostruzione della disciplina le Sezioni Unite ne individuano i punti fermi*, in *Guida dir.*, 2011, 27, 66 ss.
- Ambrosetti E. M., *La recidiva*, in *Studium Iuris*, 1999, 143 ss.
- Id., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.
- Ancillotti M., *Il pacchetto sicurezza 2009: guida alla legge 15 luglio 2009, n. 94: tutte le novità in materia di sicurezza urbana, ordine pubblico, diritto e procedura penale, stranieri e circolazione stradale*, Santarcangelo di Romagna, 2009.
- Angeli P., *Sull'applicabilità della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 prima parte c.p. al delitto di aborto di donna consenziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 200 ss.
- Angioni M., *Le circostanze del reato, aggravanti ed attenuanti comuni*, in *Studi Economico-Giuridici dell'Università di Cagliari*, 1928, 181 ss.
- Antinozzi M., *Pagamento del danno dall'assicuratore e applicabilità dell'attenuante*, in *Dir. prat. assicuraz.*, 1978, 296 ss.
- Antolisei F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, a cura di Conti, Milano, 2003.
- Antonini E., *Le novità del "pacchetto sicurezza" (prima parte). Le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1357 ss.
- Id., *Oltraggio a pubblico ufficiale, danneggiamento e armi nel "pacchetto sicurezza". Le nuove circostanze aggravanti dei reati di danneggiamento e in materia di armi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1456 ss.
- Antonucci A., *Alcune considerazioni sull'art. 180 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1968, II, 999 ss.
- Id., *Ancora sulla considerazione di attenuanti nella sentenza istruttoria di proscioglimento e conseguente giudizio di equivalenza tra attenuanti e aggravanti*, in *Riv. pen.*, 1966, II, 279 ss.
- Aprile E., *Sulle modalità di determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle misure cautelari nel caso di concorso di circostanze*, in *Cass. pen.*, 2008, 4717 ss.
- Aragona F., *Prostituzione. Favoreggiamento e sfruttamento. Attenuante del fatto doloso della persona offesa. Inapplicabilità*, in *Cass. pen.*, 1967, 1211 ss.
- Id., *Reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale e aggravante prevista dall'art. 61 n. 10 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 551 ss.
- Id., *Un problema sempre aperto: il soggetto passivo nei delitti di rapina e di furto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 265 ss.
- Ardizzone S., *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano, 1984.
- Id., *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, 1989, 287 ss.
- Ariolli G., *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 303 ss.

- Arrigoni F., *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 328 ss.
- Assumma B., *Osservazioni sul giudizio di prevalenza o di equivalenza nella formulazione legislativa*, in *Giur. merito*, 1975, IV, 46 ss.
- Id., *Sulla distinzione tra figura autonoma e circostanza di reato, a proposito di furto e danno dell'Amministrazione militare*, in *Notiziario della Guardia di Finanza*, 1980, II, 13 ss.
- Aversana G., *In tema di applicazione degli artt. 69 c.p. e 152 c.p.p.*, in *Foro nap.*, 1966, III, 51 ss.
- Azzali P., *L'aggravante della connessione nella prospettiva del concorso di reati*, in *Arch. pen.*, 1965, I, 130 ss.
- Bacigalupo E., *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge. Un quadro europeo*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Padova, 2005, 7 ss.
- Id., *Principios de derecho penal, parte general*, Madrid, 1998, 161 ss.
- Id., *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 961 ss.
- Bacile di Castiglione G., *Il bagaglio del viaggiatore e la sua necessaria qualificazione ai fini dell'applicazione dell'aggravante del furto di cui all'art. 625 n. 6 c.p.*, in *Diritto dei trasporti*, 2011 fasc. 1, 226 ss.
- Balducci P., *La contestazione suppletiva delle circostanze improprie*, in *Giur. it.*, 1975, II, 631 ss.
- Barbieri C., *Sulla correttezza della comparazione delle circostanze proposte dalle parti*, in *Arch. proc. pen.*, 1990, 266 ss.
- Barbieri P., *Osservazioni, sull'applicazione della recidiva alle sanzioni amministrative*, in *Riv. polizia loc.*, 1991, 5 ss.
- Bargis M., *L'attenuante della suggestione di folla in tumulto e la partecipazione al reato*, in *Giur. it.*, 1974, II, 317 ss.
- Baresi M., *Sulla natura della circostanza aggravante prevista dall'art. 15 della legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 1*, in *Giust. pen.*, 1980, I, 187 ss.
- Barletta Calderera G., *Premeditazione e vizio di mente*, in *Riv. pen.*, 1967, II, 412 ss.
- Barra R., Buraschi F., Lottini R., *Le innovazioni in materia di circostanze del reato*, in *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, a cura di F. Giunta, E. Marzaduri, Milano, 2010, 134 ss.
- Bartoli R., *Configurabile l'omicidio aggravato dalla violenza sessuale di gruppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1388 ss.
- Id., *Legge 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione*, in *Legisl. pen.*, 2006, II, 454 ss.
- Id., *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 302 ss.
- Basile F., *Commento all'art. 59. Circostanze aggravanti e attenuanti*, in *Codice penale e codice di procedura penale commentati*, a cura di Dolcini, Giarda, Marinucci, Spangher, Milano, 2008.
- Id., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.
- Id., *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci. (Art. 591 c.p.). Teoria e prassi*, Milano, 2008.
- Id., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di Bellantoni, Vignoni, III, 2010, 209 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sez. un. sull'art. 586*, in Bertolino, Eusebi, Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, 2011, 701 ss.
- Id., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in Brunelli (a cura di), *Studi in onore di Coppi*, Torino, 2011, 11 ss.
- Battaglini E., *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 807 ss.
- Id., *Osservazioni sulle circostanze attenuanti generiche*, in *Giur. it.*, 1947, II, 161 ss.
- Id., *Osservazioni sulle circostanze attenuanti nel delitto di collaborazione col tedesco invasore*, in *Giust. pen.*, 1946, II, 101 ss.
- Id., *Sulla coesistenza della premeditazione e della provocazione*, in *Giust. pen.*, 1934, II, 1201 ss.
- Battaglini G., *Sulle attenuanti generiche*, in *Giur. completa cass. pen.*, 1947, I, 44 ss.
- Id., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1949, 381 ss.
- Battista M., *Le "circumstantiae delictorum"*, in *Corte di Assise*, 1934, 8 ss.
- Bellavista G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939.
- Belli S., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Studium iuris*, 2002, 1522 ss.
- Bellina M., *Il delitto commesso per gelosia non è aggravato dai futili motivi*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 1019 ss.
- Bellotto M., *Il «particolare valore morale» della disperazione*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 201 ss.
- Beninelli P., *La «diminvente» dell'età minore nel giudizio di comparazione*, in *Indice pen.*, 1978, 537 ss.
- Benini S., *Fondamento e misura della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1978, II, 470 ss.
- Bentham J., *Théorie des peines légales*, Bruxelles, 1840.
- Bernardi A., *Il danno derivante da reato e il problema della configurabilità delle circostanze di cui agli artt. 61 n.7 e 62 n. 4 c.p. in fattispecie di delitto tentato*, in *Giur. merito*, 1971, II, 269 ss.
- Id., *Reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale: criteri di applicabilità delle cause di non punibilità e delle attenuanti della collaborazione in ipotesi di reato continuato*, in *Giust. pen.*, 1985, II, 196 ss.
- Bernasconi C., *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1861 ss.
- Id., *Recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze: la duplice presa di posizione della Corte Costituzionale*, in *Criminalia*, 2007, 291 ss.
- Bertolino M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1192 ss.
- Bertoni R., *La riforma penale del 1974 nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1345 ss.
- Berti A., *Il giudizio di equivalenza o prevalenza tra circostanze attenuanti e aggravanti nelle ipotesi previste dagli artt. 583 e 590 codice penale*, in *Riv. circ. trasp.*, 1976, 44 ss.
- Id., *Probabili conseguenze del giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti ed attenuanti per effetto della riforma 11 aprile 1974*, in *Dir. patr. assicuraz.*, 1976, 532 ss.
- Bettiol G., *Diritto penale, parte generale*, 1962, 410 ss.
- Id., *Rilievi critici sull'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p.*, in *Giur. merito*, 1973, IV, 37 ss.
- Bisacci M.C., *L'elemento soggettivo dell'aggravante della minorata difesa*, in *Cass. pen.*, 1999, 500 ss.

- Bisacco A., *Immigrazione*, in *Leggi penali complementari commentate*, a cura di Gaito, Ronco, Torino, 2009, 1561 ss.
- Biscardi G., *In tema di dissociazione dal sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Giur. it.*, 1983, II, 257 ss.
- Bisegna U., *Pena da applicare nei casi più gravi nell'emissione di assegni a vuoto*, in *Giust. pen.*, 1965, II, 246 ss.
- Bisori L., *Appunti per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attenuante del risarcimento del danno*, in *Cass. pen.*, 1999, 395 ss.
- Id., *L'attenuante comune del risarcimento del danno e la disciplina di comunicazione delle circostanze ai concorrenti*, in *Cass. pen.*, 1998, 1081 ss.
- Bissi L., *Giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee e criteri guida operativi*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 541 ss.
- Id., *Sull'applicabilità congiunta delle attenuanti di cui agli artt. 62 n. 4 e 648 comma 2 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, 1765 ss.
- Boido A., *Sulla valutabilità delle circostanze attenuanti da parte del giudice dell'udienza preliminare*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 143 ss.
- Bonessi E., *Adesione di circostanze al fatto realizzato in regime di partecipazione e circostanze speciali di concorso alla luce della disposizione di cui all'art. 7 D.L. 31 dicembre 1991, n. 419, recante modifiche al criterio di bilanciamento delle circostanze. Rilievi critici*, in *Quad. proc. pen. comp.*, II, 1993, 183 ss.
- Bonini G., *Del rapporto di equivalenza e prevalenza delle circostanze*, in *Annali*, 1933, 1311 ss.
- Bonsignore R., *I delitti aggravati dall'evento e l'art. 27 della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 602 ss.
- Borghese S., *Rapporti de jure condito e de jure condendo tra l'art. 133 e l'art. 61 codice penale*, in *Monitorie dei Tribunali*, 1965, 402 ss.
- Borgogno R., *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, in *Giur. it.*, 2004, 379 ss.
- Borrelli G., *Applicabilità dell'aggravante del metodo e della finalità di agevolazione mafiosi ai delitti "punibili" con la pena dell'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 2003, 3403 ss.
- Boscarelli M., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1994, 179 ss.
- Id., *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei «vizi tecnici» del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1256 ss.
- Id., *Proposte per una revisione tecnica del I libro del Codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 89 ss.
- Id., *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Scuola positiva*, 1962, 662 ss.
- Bottini F., *La legge Merlin è fuori causa*, in *Giust. pen.*, 1961, II, 620 ss.
- Bottalico F., *Effetti dell'obbligatorietà nella nuova disciplina della recidiva*, in *Giuris. merito*, 2007, 1734 ss.
- Botto A., *Oscillazioni giurisprudenziali in tema di perseguibilità d'ufficio o a querela della truffa commessa dal recidivo: un punto fermo delle Sezioni unite?*, in *Cass. pen.*, 1987, 1084 ss.
- Bovini G., *Quando deve essere calcolata la recidiva nel concorso con altre circostanze*, in *Nuovo dir.*, 1936, 322 ss.
- Braunsteffer, *Die Problematik der Regel beispielechnik im Strafrecht*, Manneheim, 1976.
- Brayda N., *Criteri di valutazione per la concessione delle attenuanti generiche*, in *Foro nap.*, 1957, II, 60 ss.
- Id., *Valutazione della recidiva*, in *Foro nap.*, 1970, II, 214 ss.
- Brichetti R., Pistorelli L., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *Linea dura contro bullismo e delitti sessuali*, in *Guida dir.*, 2009, 33, 29 ss.
- Id., *Niente sconti di pena automatici all'incensurato*, in *Guida dir.*, 2008, 32, 99 ss.
- Id., *Pena più aspra sulla mutilazione di organi femminili*, in *Guida dir.*, 2009, 70 ss.
- Id., *Per la tutela dei soggetti deboli vittime di reato misure "chirurgiche" prive d'ispirazione unitaria*, in *Guida dir.*, 2009, 24 ss.
- Id., *Strategia a doppio binario nei sequestri di piccoli*, in *Guida dir.*, 2009, 33 ss.
- Bricola F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale*, in *Monitorie dei Tribunali*, 1968, 1228 ss.
- Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
- Id., *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019 ss.
- Id., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA. VV. *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 193 ss.
- Brignone P., *L'aggravante della finalità di terrorismo e di eversione in con corso con altre aggravanti*, in *Cass. pen.*, 1989, 353 ss.
- Id., *Gli effetti dell'applicazione di circostanze aggravanti od attenuanti e del giudizio di comparazione sulla determinazione della pena definitiva*, in *Cass. pen.*, 1980, 673 ss.
- Id., *Sugli effetti della modifica dell'art. 69 c.p. nei confronti delle norme che determinano la misura degli aumenti e delle diminuzioni di pena nelle ipotesi di reato circostanziato*, in *Cass. pen.*, 1979, 35 ss.
- Brocca A., *Motivi politici e motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Giust. pen.*, 1971, II, 8 ss.
- Brunetti L., *Relazione di prestazione d'opera fra l'assegnatario e l'ente di riforma ai fini penali*, in *Nuovo dir.*, 1965, 577 ss.
- Bruns H. J., *Strafzumessungsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1974, 36 ss.
- Cadoppi A., *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi sostitutivi specializzanti al vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari*, in *Giur. merito*, 1985, II, 657 ss.
- Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2004, 352 ss.
- Calabria A., *Considerazioni sul delitto «tentato circostanziato», «circostanziato tentato», «circostanziato tentato circostanziato»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1354 ss.
- Calderone C. R., *Aspetti giuridici della recidiva*, in *Riv. guardia fin.*, 1970, 485 ss.
- Id., *Aspetti giuridici e criminologici della recidiva*, in *Temi*, 1969, 541 ss.
- Calliess C., *Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle und Regelbeispiel im Strafrecht*, in *JZ*, 1975, 112 ss.
- Camaioni S., *Riflessioni sul "tentativo di concorso nel reato" e "tentativo di reato in concorso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1069 ss.
- Cananzi R., *Note sull'attenuante di speciale tenuità del danno patrimoniale*, in *Rass. Avv. Stato*, 1966, I, 1174 ss.
- Capaldo E., *Osservazioni in tema di attenuanti: attenuante della provocazione, attenuante della minore età*, in *Riv. pen.*, 1965, II, 1039 ss.
- Capaldo R., *Considerazioni sull'attenuante della riparazione del danno*, in *Corti Bari Lecce Pot.*, 1974, 184 ss.
- Capalozza E., *I rapporti tra la diminuzione generica dei motivi morali o sociali e l'aggravante specifica della premeditazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, 243 ss.
- Id., *Sulla maggiore gravità del caso come circostanza discrezionale privilegiata*, in *Temi*, 1971, 77 ss.
- Capecelatro E. M., *Dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale*, in *Riv. pen.*, 1972, II, 476 ss.

- Cappiello A., *I caratteri di distinzione tra le circostanze del reato e gli elementi costitutivi del reato*, in *Mon. trib.*, 1975, 242 ss.
- Id., *Il delitto di appropriazione indebita e l'aggravante dell'abuso delle relazioni di prestazione di opera*, in *Monitorie dei Tribunali*, 1969, 160 ss.
- Cappiello I., *I criteri di distinzione tra le circostanze del reato e gli elementi costitutivi del reato*, in *Monitorie dei Tribunali*, 1975, 242 ss.
- Cappuccio D., *Caso fortuito e forza maggiore nella produzione dell'evento del reato*, in *Diritto e formazione*, 2002, 1445 ss.
- Id., *Natura e regime delle circostanze aggravanti ad effetto speciale*, in *Diritto e Formazione*, 2003, 425 ss.
- Caputi G., *Reati tributari. Le circostanze attenuanti "sospese" tra risarcimento del danno e debito d'imposta*, in *Corriere tributario*, 2000, 49 ss.
- Caputo A., *L'aggravante della presenza "illegale" dello straniero e del cittadino comunitario*, in *Quest. giust.*, 2008, 214 ss.
- Caputo M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 182 ss.
- Id., *In ordine alla prova del dolo nel delitto di oltraggio a pubblico ufficiale ed alla configurabilità o meno del nesso teleologico tra il delitto di lesioni e quelli di oltraggio e di ingiurie*, in *Temi nap.*, 1965, II, 22 ss.
- Id., *Quando è lecito escludere l'aggravante del motivo abietto*, in *Foro nap.*, 1979, II, 106 ss.
- Caraccioli I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005, 477 ss.
- Id., *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1202 ss.
- Id., *Nuova disciplina delle circostanze e reati fiscali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 665 ss.
- Id., *Partecipazione di minima importanza e numero dei concorrenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1040 ss.
- Id., *Sul problema della sopravvivenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 2 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1976, 3 ss.
- Id., *Sul problema della sopravvivenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 2 c.p.*, in *Studi Arena*, 357 ss.
- Cardone A., voce *Diritti fondamentali. Tutela multilivello dei*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, 2011, 335 ss.
- Id., *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.
- Carmino L., *In tema di circostanze aggravanti*, in *Giur. it.*, 2006, 585 ss.
- Carmona A., *Divorzio e unità familiare nell'applicazione dell'art. 62, n. 1, del codice penale*, in *Dir. eccles.*, 1980, II, 128 ss.
- Carnelutti F., *Il problema della pena*, Roma, 1945.
- Id., *Lezioni di diritto penale*, 1943, Milano, 196 ss.
- Id., *Teoria generale del reato*, Padova, 1932.
- Carnevale C., *L'arbitrio del giudice per l'applicazione della pena*, in *Diritto criminale*, Roma, 1932, vol. II, 357 ss.
- Carrara F., *Programma di un corso di diritto criminale*, vol. II, Lucca, 1890, 232 ss.
- Id., *Questioni singolari ad occasione della giuria III. Se sia vero che nei delitti atroci non si debbano ammettere le circostanze attenuanti*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Firenze, 1898, 459 ss.
- Carri D., *Concorso eterogeneo di circostanze e legislazione dell'emergenza: una prima risposta dalla Corte Costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 1985, 474 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Carufi C., *Spazio applicativo della circostanza aggravante di uso del potere intimidatorio e della finalità agevolativi delle associazioni di tipo mafioso*, in *Foro it.*, 2002, II, 297 ss.
- Caruso G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 156 ss.
- Id., *Limiti al giudizio di prevalenza delle attenuanti e recidiva obbligatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1409 ss.
- Carvell G., Swinfen Green E., *Criminal law and procedure*, London, 1970.
- Casalinuovo A., *Astrattismo e concretezza nei rapporti tra crudeltà e vizio di mente*, in *Scritti Pioletti*, 125 ss.
- Id., *Le circostanze aggravanti indefinite*, in *Riv. pen.*, 1946, 1209 ss.
- Id., *Le circostanze attenuanti indefinite*, in *Riv. pen.*, 1952, I, 561 ss.
- Casaroli G., *Il sistema delle circostanze nei reati fallimentari*, in *Studium Iuris*, 2000, 1341 ss.
- Casoria T., *Falsità in documenti equiparati agli atti pubblici: figura autonoma o reato circostanziato?*, in *Cass. pen.*, 1975, 1081 ss.
- Cassano M., *Il sistema delle circostanze del delitto di violenza sessuale*, in *Critica pen.*, 1996, fawsc. 3/4, 49 ss.
- Cassiano A., *Sulla nozione e applicazione delle attenuanti generiche*, in *Arch. ric. giur.*, 1951, 522 ss.
- Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale, in Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, 1989, 303 ss.
- Castelnuovo Tedesco M., *Il valore giudiziario delle circostanze attenuanti generiche*, in *Riv. pen.*, 1958, I, 68 ss.
- Catamo L., *Ribellione a impostazioni mafiose e attenuanti ex art.62 n.1 c.p.*, in *Giur. merito*, 1982, 1090 ss.
- Cavagnari C., *Sulle circostanze attenuanti*, in *Appunti al Nuovo Codice Penale*, Torino, 1889, 387 ss.
- Cavalla G. L., *Nozione di recidiva e sua applicazione ai decreti di amnistia e indulto*, in *Riv. pen.*, 1965, II, 1050 ss.
- Cazzaniga E., *Dissociazione del sequestratore e liberazione dell'ostaggio nell'insegnamento della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1984, 1909 ss.
- Id., *In tema di dissociazione del concorrente e liberazione della vittima del sequestro estorsivo*, in *Cass. pen.*, 1984, 1147 ss.
- Cedrangolo O., *I limiti della contestazione implicita nel caso di circostanza indefinita*, in *Giur. merito*, 1969, II, 57 ss.
- Cerini L., *Osservazioni a Sez. II, 24 novembre 1975, Turisi*, in *Cass. pen.*, 1976, 657 ss.
- Id., *Sulla determinazione del danno ai fini delle circostanze previste dagli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1975, 1060 ss.
- Cerri A., *Ancora una pronuncia della Corte Costituzionale sul concorso eterogeneo di circostanze*, in *Legisl. pen.*, 1985, 741 ss.
- Cervetti Spriano F., *Competenza per materia, aggravante del nesso teleologico e legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1975, II, 35 ss.
- Id., *Risarcimento del danno come attenuante*, in *Giur. it.*, 1978, II, 145 ss.
- Chenal R, Riverditi M., *Circostanze (bilanciamento delle)*, in *Legisl. pen.*, 2008, 95 ss.
- Ciardì G., *Circostanze del reato (Diritto penale militare)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, 1959, 279 ss.
- Ciffo Bonaccorso L., *Brevi riflessioni sulle circostanze del reato*, in *Giust. pen.*, 1964, II, 861 ss.
- Cigna D., *Il precetto comprimario ed i reati plurilesivi*, in *Riv. pen.*, 1918, 198 ss.
- Id., *Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica*, in *Riv. pen.*, 1919, 138 ss.
- Id., *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, 1916.

- Id., *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in *Riv. pen.*, 1919, 445 ss.
- Cingari F., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Diritto penale*, a cura di Palazzo, Padova, 2005, 212 ss.
- Cipolla P., *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giur. merito*, 2009, 1185 ss.
- Cisterna A., *L'attenuante a effetto speciale prevista per i pentiti è sottratta al bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, 2010, 81 ss.
- Civello G., *Se ed in quale misura le circostanze c.d. indipendenti possono qualificarsi come ad effetto speciale ai sensi dell'art. 63 comma 3 c.p. anche ai fini della prescrizione del reato. Il caso dell'art. 609 ter c.p.*, in *Giust. pen.*, 2010, II, 547 ss.
- Id., *Sulla "comunicabilità" della circostanza attenuante del risarcimento del danno ex art. 62, n. 6 c.p. ai concorrenti nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1489 ss.
- Cocco Ortu G., *La graduazione delle circostanze attenuanti generiche*, in *Riv. pen.*, 1903, 28 ss.
- Cocurullo B., *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940.
- Codagnone M., «*Aberratio ictus*» e circostanze, in *Giust. pen.*, 1972, II, 391 ss.
- Id., *Sul giudizio di comparazione delle circostanze*, in *Giust. pen.*, 1967, II, 753 ss.
- Cognetta G., *La funzione dell'art. 491 c.p.: un'opzione problematica tra circostanza aggravante e titolo autonomo di reato*, in *Cass. pen.*, 1980, 1038 ss.
- Id., *Rilievi sulla natura giuridica dell'art. 491 c.p.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1981, 399 ss.
- Colacci M. A., *A proposito della provocazione putativa*, in *Arch. pen.*, 1966, II, 384 ss.
- Id., *Abuso di mezzi di correzione o disciplina e provocazione*, in *Rass. giur. umbra*, 1966, 43 ss.
- Id., *Accettazione di sfida a duello e provocazione*, in *Arch. pen.*, 1966, II, 189 ss.
- Id., *Appunti sulle circostanze generiche*, in *Arch. giur. Serafini*, 1949, 1083 ss.
- Id., *Aspetto particolare della latitanza e recidiva*, in *Arch. pen.*, 1965, I, 544 ss.
- Id., *Atti di libidine. Continuazione. Attenuanti generiche. Riconoscimento*, in *Rass. giur. umbra*, 1966, 313 ss.
- Id., *Concorso di attenuanti e di aggravanti. Aggravante che importi il raddoppio della pena base. Giudizio di prevalenza o di equivalenza. Legittimità*, in *AFS*, 1960, 470 ss.
- Id., *Concorso di circostanze e giudizio di equivalenza o prevalenza*, in *Arch. ric. Giur.*, 1960, 470 ss.
- Id., *Contenuto e limiti della provocazione*, in *Riv. cancelliere*, 1972, 224 ss.
- Id., *Errore in persona e provocazione: aspetti e problemi*, in *Scuola pos.*, 1965, 304 ss.
- Id., *Furto tentato e attenuante del danno di particolare tenuità*, in *Riv. cancelliere*, 1981, 26 ss.
- Id., *Imputato contumace e contestazione della recidiva*, in *Nuovo dir.*, 1992, 114 ss.
- Id., *La attenuante della riparazione del danno alla vittima del reato*, in *Nuovo dir.*, 1971, 306 ss.
- Id., *Legge nuova e sentenza irrevocabile*, in *Riv. cancelliere*, 1979, 242 ss.
- Id., *La suggestione della folla in tumulto. Aspetti e problemi*, in *Scuola pos.*, 1968, 231 ss.
- Id., *Provocazione e risarcimento del danno*, in *Rass. giur. umbra*, 1966, 688 ss.
- Id., *Questioni a proposito della rissa*, in *Riv. cancelliere*, 1980, 17 ss.
- Id., *Questioni a proposito delle lesioni colpose gravi?*, in *Nuovo dir.*, 1976, 328 ss.
- Id., *Responsabilità ex art. 116 c.p. e aggravante dell'art. 61 n. 2*, in *Scuola pos.*, 1968, 498 ss.
- Colella L., *Il ministero dell'art. 491 c.p.: circostanza aggravante o reato autonomo?*, in *Temi ciociaria*, 1974, 320 ss.
- Id., *L'attenuante del danno interamente risarcito prima del giudizio ed il principio dell'uguaglianza*, in *Temi ciociaria*, 1974, 270 ss.
- Concas L., *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.*, 1974, I, 345 ss.
- Id., *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, 2296 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Consiglio G., *La premeditazione*, Bari, 1973.
- Contento G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963.
- Id., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra circostanze*, in Tommaso Natale, 1978, 655 ss.
- Conti G., *I reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 715 ss.
- Id., *La pena ed il sistema penale nel codice italiano*, in *Enciclopedia del dir. pen.*, vol. IV, 813 ss.
- Id., *Osservazioni sulla ritenuta inapplicabilità dell'aggravante di cui all'art. 112 n. 1 cod. pen. in un caso di peculato commesso con atti deliberativi di un organo collegiale*, in *Cass. pen.*, 1981, 741 ss.
- Contieri E., *Circostanze del reato. Valore del danno. Aggravante e attenuante*, in *Riv. pen.*, 1970, II, 435 ss.
- Id., *La premeditazione*, Napoli, 1971.
- Id., *Sull'attenuante della minima partecipazione*, in *Foro pen.*, 1969, 101 ss.
- Id., *Sulla attenuante della minima partecipazione*, in *Scritti allievi Tesaurò*, 1969, 111 ss.
- Coppi F. B., *Sul «quando occorre» il giudizio di comparazione da parte del giudice d'appello*, in *Giur. it.*, 1993, II, 541 ss.
- Corbetta S., *“Nuova” reiterata, fatti di spaccio di “lieve entità” e giudizio di bilanciamento*, in *Il Corr. merito*, 2007, 1155 ss.
- Id., *Violazione di domicilio tentata con violenza sulle cose: delitto circostanziato tentato?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1076 ss.
- Corda M., *Reato continuato. Circostanze del reato. Aumento o diminuzione di pena per effetto di aggravanti o attenuanti. Necessità di riferimento ai singoli episodi delittuosi*, in *Cass. pen.*, 1970, 642 ss.
- Cordero F., *Circostanze “generiche” e termine di prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 824 ss.
- Cordone G., *Concorso dell'aggravante della fuga con attenuanti nei reati colposi di omicidio e lesioni da investimento stradale: inammissibilità del giudizio di comparazione*, in *Giur. cass. pen.*, 1953, 145 ss.
- Corsaro M., *Contrabbando e circostanze del reato*, in *Giust. pen.*, 1966, II, 566 ss.
- Corvi A., *Circostanze del reato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008.
- Cosentino A., *Attenuante della riparazione del danno ed offerta risarcitoria*, in *Calabria giur.*, 1966, 295 ss.
- Costa S., *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in *Nuovo dig. it.*, vol. III, 1938, 164 ss.
- Cozzella A., *Sull'incidenza della carcerazione sulla recidiva*, in *Giust. pen.*, 1982, II, 55 ss.
- Cristiani A., *In tema di circostanze attenuanti generiche*, in *Scuola pos.*, 1948, 246 ss.
- Crivellin E., *Reato continuato e computo delle circostanze: riflessi sulla commisurazione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1256 ss.
- Cross S. R., Jones P. A., *An introduction to criminal law*, London, 1972, 139 ss. e 387 ss.
- Cucchiara D., Barletta G., *Le circostanze aggravanti diverse dal concorso di reati e dalla recidiva*, in *Riv. pen.* 1964, I, 255 ss.
- D'Alleo G., *L'attenuante del risarcimento del danno quando la riparazione risulti effettuata da un terzo. Ancora un contrasto nella Suprema Corte*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1992, 998 ss.
- D'Angelo G., *Poche, ma chiare parole, in tema di «recidiva semplice»*, in *Foro nap.*, 1971, II, 59 ss.
- D'Aniello M., *Prevalenza ed equivalenza tra uso di armi in lesione e attenuante*, in *Giur. cass. pen.*, 1948, 518 ss.

- D'Arma S., *Sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1999, 2547 ss.
- D'Ascola V., *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale dopo la riforma del '74*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 984 ss.
- D'Auria D., *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1223 ss.
- D'Errico G., *Circostanze ad efficacia speciale*, in *Monitorie dei Tribunali*, 1974, 1175 ss.
- Dalia A. A., *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1963, I, 35 ss.
- Dall'Ongaro F., *Considerazioni sulla L. 10 maggio 1976, n. 342 in tema di repressione dei delitti contro la sicurezza della navigazione aerea*, in *Dir. famiglia*, 1981, 518 ss.
- Dall'Ora A., *Giudizio di prevalenza o equivalenza tra circostanze aggravanti e attenuanti e pena edittale, ai fini dell'applicabilità dell'amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 381 ss.
- Dassano F., *In tema di circostanze e tentativo*, in *Giur. it.*, 1977, II, 557 ss.
- Id., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981.
- De Amicis G., *Sul giudizio di comparazione tra le circostanze e sulle sue deroghe (con riferimento all'attenuante dell'art. 8 d.l. n. 152 del 1991)*, in *Cass. pen.*, 2002, 2750 ss.
- Id., *Sulla rilevanza delle aggravanti ad effetto speciale ai fini della durata massima della custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1997, 105 ss.
- De Felice P., *Considerazioni in tema di estensibilità della premeditazione al correo seminfermo di mente*, in *Arch. pen.*, 1967, I, 517 ss.
- Id., *Il delitto di rissa e l'attenuante della provocazione*, in *Arch. pen.*, 1969, II, 383 ss.
- De Fenu G., *L'attenuante del danno di particolare tenuità nel falso in scrittura privata ed in titoli di credito*, in *Giust. pen.*, 1965, II, 333 ss.
- De Francesco G., *Commento all'art. 1, L. 6/2/1980 n. 15*, in *Legisl. pen.*, 1981, 36 ss.
- Id., *Commento all'art. 7 D.L. 31 dicembre 1991 n. 419 (fondo vittime estorsioni)*, in *Legisl. pen.*, 1992, 763 ss.
- Id., *Commento all'art. 3 D.L. 26 aprile 1993 n. 122 (misure antidiscriminatorie)*, in *Legisl. pen.*, 1994, 211 ss.
- Id., *Concorso apparente di norme*, in *Dir. pen.*, II, 1960, 66 ss.
- Id., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 118 ss.
- Id., *Diritto penale. Forme del reato*, Torino, 2013, 1 ss.
- Id., *I reati aggravati dall'evento*, in *Studium Iuris*, 1996, 554 ss.
- Id., *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 103 ss.
- Id., *Note in tema di concorso tra il delitto di sottrazione di incapaci e il sequestro di persona, e tra le aggravanti della minorata difesa e dell'abuso di relazioni*, in *Cass. pen.*, 1979, 348 ss.
- Id., *Opus illicitum, tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 994 ss.
- Id., *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 429 ss.
- Id., *Sulla necessità della distinzione fra coautore e partecipe nella applicazione delle circostanze della minima partecipazione e del numero delle persone*, in *Foro pen.*, 1970, 36 ss.
- De Giorgio M., *Sindacato di ragionevolezza ed individuazione del tertium comparationis: in tema di limiti edittali di pena la Corte conferma una eccessiva prudenza*, in *Giur. cost.*, 1997, 4040 ss.
- De Libero G., *Le circostanze attenuanti generiche. Aspetti giurisprudenziali*, in *Studi Eula*, 1957, I, 353 ss.
- De Luca B., *Premeditazione condizionata?*, in *Temi nap.*, 1967, III, 464 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- De Luca M. L., *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 569 ss.
- De Maglie C., *Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità*, in *Arch. pen.*, 1985, 141 ss.
- De Mattia S., *Tentativo e circostanze: applicazione in tema di concorso di persone nel reato*, in *Giur. merito*, 2008, 2702 ss.
- De Marsico A., *Diritto penale, parte generale*, Napoli, 1937, 133 ss.
- De Rosa G., *Il danno patrimoniale di particolare gravità o di speciale tenuità con riferimento ai reati edilizi e, più in generale, ambientali*, in *Giur. merito*, 1990, 701 ss.
- De Robertis F. M., *La variazione di pena "pro admissi" nella "cognitio extra ordinem" e nel processo post classico. (Contributo alla teoria delle circostanze del reato)*, Bari, 1940.
- De Rubertis N., *La recidiva e la sanzione amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1981, 1787 ss.
- de Vero G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.
- Id., *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1986, 1294 ss.
- Id., *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 42 ss.
- Id., *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. Riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1986, 49 ss.
- Id., *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale, in Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, 195 ss.
- De Vincentiis C., *Circostanze del reato (Diritto penale della navigazione)*, in *Noviss. dig. disc. pen.*, vol. III, 1959, 287 ss.
- Del Bono B., *Nuove prospettive nell'interpretazione dell'art. 62 n. 6 c.p. e sua applicabilità al reato di concessione*, in *Modo giust.*, 1994, 114 ss.
- Del Corso S., *Commento all'art. 2 L. 7 febbraio 1990, n. 19*, in *Legisl. pen.*, 1990, 48 ss.
- Id., voce *Successioni di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 85 ss.
- Del Pozzo C. U., *Limiti del giudizio di prevalenza od equivalenza delle circostanze*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1954, I, 46 ss.
- Del Re M. C., *La riparazione del danno e il pentimento «post delictum» nella problematica della compensazione della vittima*, in *Riv. polizia*, 1977, 42 ss.
- Del Rosal J., *La funzione giudiziale nella applicazione e nella determinazione delle pene nella legislazione penale spagnola*, in *Ind. pen.*, 1969, 161 ss.
- Dell'Andro R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950 ss.
- Della Bella A., *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 2008, 4792 ss.
- Delitala A., *Un révirament necessario, in tema di circostanze del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 260 ss.
- Delitala G., *Circostanze ed amnistia*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 479 ss.
- Id., *L'aggravante del porto di un'arma nel reato di furto*, in *Diritto Penale II*, Milano, 1976, 977 ss.
- Id., *Sul progetto preliminare del I libro del codice penale*, in *Diritto Penale I*, Milano, 1976, 366 ss.
- Id., *Il fatto nella teoria generale del reato*, in *Diritto Penale I*, Milano, 1976, 3 ss.
- Id., *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1935, 585, ristampa in *Diritto penale I*, 1976, 337 ss.

- Delmas Marty M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme* (trad. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*), a cura di Palazzo, Milano, 1992, 243 ss.
- Id., *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus Juris*, in *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003, 205 ss.
- Delogu T., *Contributo alla teoria dei reati accessori*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 257 ss., 321 ss.
- Id., *I limiti di efficacia del giudizio di equivalenza o di prevalenza di circostanze*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, IV, 1950, 373 ss.
- Id., *Il concorso della premeditazione col vizio parziale di mente*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1935, 215 ss.
- Id., *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369 ss.
- Di Amato A., *In tema di reati valutari e di aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità*, in *Cass. pen.*, 1983, 2099 ss.
- Di Bonito G., *Stato di ubriachezza ed attenuante generiche*, in *Foro pen.*, 1953, 292 ss.
- Di Chiara G., *In tema di qualificazione giuridica del mendacio dell'imputato. Aspetti processuali*, in *Cass. pen.*, 1988, 807 ss.
- Di Gennaro G., *Determinazione della pena e circostanze generiche*, in *Giust. pen.*, 1955, II, 548 ss.
- Di Girolamo V., *Il giudizio di comparazione tra la recidiva reiterata di cui all'art. 99, 4 comma c.p. e le circostanze attenuanti*, in *P.Q.M.*, 2007, fasc. 2, 97 ss.
- Di Lieto M., *Brevi note sull'aggravante del nesso teleologico*, in *Foro nap.*, 1967, III, 36 ss.
- Di Maria Gomez C., *Premeditazione e vizio di mente*, in *Foro it.*, 1933, II, 300 ss.
- Di Martino A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- Di Ronza P., *Osservazioni sull'attenuante del risarcimento del danno ex articolo 62 n. 6 c.p., in relazione alla legge 24 dicembre 1969, n. 990*, in *Giur. merito*, 1972, II, 251 ss.
- Dian S., *Dalla legislazione al ripristino della normalità istituzionale*, in *Difesa pen.*, 1984, 73 ss.
- Diaz P., *Ambito di operatività dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. e accertamento del danno civile da reato*, in *Giur. merito*, 1973, IV, 43 ss.
- Dies R., *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 969 ss.
- Dinacci U., *Involuzioni giudiziarie: l'annullamento del diritto al silenzio*, in *Giust. pen.*, 1984, III, 395 ss.
- Id., *Riparazione del danno prima del giudizio e pretesa violazione degli artt. 3 e 24 Cost., anche con riferimento alle «lungaggini» di alcune compagnie di assicurazione nella procedura relativa ai sinistri stradali*, in *Riv. circ. trasp.*, 1978, 70 ss.
- Diurni G., voce *Pena criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982.
- Dodaro G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1634 ss.
- Dolcini E., *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1975, 1156 ss.
- Id., *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 255 ss.
- Id., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 515 ss.
- Id., *La riforma della parte generale del codice e riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 826 ss.
- Id., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corriere merito*, 2006, 55 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale della pena e attenuanti generiche; discrezionalità vincolata o graziosa indulgenza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 326 ss.
- Id., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 755 ss.
- Id., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- Id., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 34 ss.
- Id., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 338 ss.
- Id., voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, 744 ss.
- Id., *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.
- Id., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? (note a margine dell'art. 444 c.p.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 797 ss.
- Donini M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.
- Id., *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, 3 ss.;
- Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 524 ss.
- Id., *Teoria del reato*, Padova, 1996, 347 ss.
- Dorigo P., *Furto d'automobile per uso momentaneo e successivo abbandono in luogo diverso*, in *Giur. it.*, 1968, II, 371 ss.
- Duni M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, in *Riv. circ. trasp.*, 1972, 18 ss.
- Id., *Attenuante del risarcimento del danno nel caso di più corresponsabili solidali dello stesso fatto illecito*, in *Giust. civ.*, 1966, IV, 89 ss.
- Durante S., *Attenuanti*, in *Dig. it.*, vol IV- 2, 1926, 144 ss.
- Englisch K., *Der Begriff der Rechtslücke Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre*, in *Festschrift für W. Sauer*, Berlin, 1949, 85 ss.
- Erra C., *La giurisprudenza della Corte suprema e le attenuanti generiche*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1947, I, 314 ss.
- Id., *In tema di attenuanti generiche*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1948, I, 176 ss.
- Id., *Pena-base stabilita nel minimo legale e attenuanti generiche*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1951, I, 165 ss.
- Id., *Recidiva. Obbligo della contestazione. Limiti. Mancata contestazione. Rilevanza della recidiva in sede di esecuzione. Ostatività all'amnistia e all'indulto, alla riabilitazione e alla estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo*, in *Cass. pen.*, 1967, 548 ss.
- Escobedo G., *Concorso e prevalenza di circostanze aggravanti e attenuanti*, in *Giust. pen.*, 1932, II, 809 ss.
- Id., *La volontarietà nelle aggravanti dei delitti ed in specie della ricettazione*, in *Cass. Unica*, 1985, V, 929 ss.
- Id., *Incompatibilità della premeditazione coi motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Giust. pen.*, 1935, II, 857 ss.
- Falco L., *Lesioni colpose e provocazione*, in *Riv. pen.*, 1948, 936 ss.
- Falcone G., *Circostanze attenuanti*, in *Giust. pen.*, 1936, II, 1346 ss.
- Fanelli G., *L'art. 223, comma 2, n. 1 L. fall.: reato autonomo o circostanza aggravante?*, in *Riv. pen.*, 200, 1176 ss.
- Fanulli G.L., Laurino A., *Non luogo a procedere per estinzione del reato a seguito di riconoscimento di circostanze attenuanti?*, in *Cass. pen.*, 1998, 307 ss.

- Fasoli L., *Sulla compatibilità tra la continuazione di reati, il concorso formale e le ipotesi contenute nell'art. 61 n. 2 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1986, 245 ss.
- Fassone E., *A proposito di un manifesto strappato*, in *Giur. it.*, 1973, II, 145 ss.
- Id., *Concessione dell'amnistia a seguito del giudizio di comparazione di circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 322 ss.
- Fattori P., *Ancora sul giudizio di comparazione fra attenuanti ed aggravanti in tema di lesioni colpose e sull'applicabilità della sospensione o revoca giudiziale della patente*, in *Riv. circ. trasp.*, 1977, 85 ss.
- Id., *Prevalenza di attenuanti sulle aggravanti contestate in tema di lesioni colpose e applicabilità della sospensione o revoca giudiziale della patente*, in *Riv. circ. trasp.*, 1975, 604 ss.
- Favino A., *A proposito delle attenuanti generiche*, in *Giust. pen.*, 1946, II, 314 ss.
- Favino L., *Attenuanti generiche e obbligo della motivazione*, in *Temi rom.*, 1970, 15 ss.
- Id., *Omicidio preterintenzionale e provocazione verbale*, in *Temi rom.*, 1984, 76 ss.
- Feraco M. V., *Tentativo di delitto circostanziato: una figura ancora controversa*, in *Cass. pen.*, 2007, 592 ss.
- Ferraiuolo C., *Aggravante teleologica e punibilità del reato-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 670 ss.
- Ferrante U., *Riconoscimento della sentenza penale straniera agli effetti della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1966, III, 624 ss.
- Ferrari F. M., *L'attenuante del danno speciale di tenuità al confine tra esigenze di tutela del bene giuridico e conseguenze civili dei reati contro il patrimonio*, in *Cass. pen.*, 2008, 491 ss.
- Ferraro A., *Ancora qualche considerazione sulla natura della riduzione di pena nel giudizio abbreviato*, in *Foro it.*, 1991, II, 642 ss.
- Id., *Sull'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione*, in *Cass. pen.*, 1984, 1401 ss.
- Id., *Sulla dissociazione nel sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Cass. pen.*, 1984, 1443 ss.
- Id., *Sulle condizioni per l'applicabilità dei benefici per i terroristi pentiti*, in *Cass. pen.*, 1984, 992 ss.
- Ferri N., *Sull'incidenza della recidiva nella determinazione della durata della custodia preventiva*, in *Foro nap.*, 1975, II, 142 ss.
- Ferrone P., *La sospensione della patente di guida ed il concorso di circostanze eterogenee*, in *Giur. it.*, 1978, II, 421 ss.
- Fiandaca G., *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro it.*, 1983, II, 27 ss.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010.
- Fiandanese F., *Gli effetti del giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze e la riforma operata dal D.L. 11 aprile 1974, n. 99*, in *Cass. pen.*, 1978, 331 ss.
- Fini E., *Delitto tentato e circostanze con particolare riferimento a quelle di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1988, 1550 ss.
- Fiore C., *Diritto penale parte generale*, vol. II, Torino, 1995.
- Fiorella A., *L'errore sugli elementi differenziati del reato*, Tivoli, 1979.
- Fitzgerald P. J., *Criminal law and Punishment*, Oxford, 1962, 59 ss. e 127 ss.
- Fleury F., *Oggetto giuridico, soggetto passivo e attenuante del risarcimento del danno nei reati plurioffensivi e in particolare nel delitto di sfruttamento della prostituzione*, in *Giust. pen.*, 1965, II, 487 ss.
- Flora G., *Commento all'art. 2, L. 31/7/84 n. 400*, in *Legisl. pen.*, 1984, 384 ss.
- Id., *Commento all'art. 5, l. 31-7-1984 n. 400*, in *Legisl. pen.*, 1984, 387 ss.
- Id., *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1325 ss.
- Florian E., *Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29*, in *Cass. Unica*, XV, 1904, 1313 ss.
- Foreggerm E., Serini E., *Strafgesetzbuch*, Wien, 1978, 76 ss.
- Fornasari G., *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984, I, 2082 ss.
- Fornasari G., Meneghini U., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, 172 ss.
- Forti G., *L'oggetto giuridico dei reati e la circostanza della particolare gravità del fatto per il nocumento che ne potrebbe derivare all'economia nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 382 ss.
- Fortuna E., *Eroina, cannabis, sospensione condizionale della pena e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale. Vecchi e nuovi problemi in materia di droghe*, in *Riv. guardia fin.*, 1980, 47 ss.
- Id., *Il giudizio di bilanciamento delle circostanze nell'art. 69 cod. pen.*, in *Riv. polizia*, 1983, 145 ss.
- Foschini G., *Attenuanti generiche e loro necessaria specificazione*, in *Riv. it. pen.*, 1952, 414 ss.
- Id., *Attenuanti generiche, pena base e motivazione*, in *Riv. it. pen.*, 1952, 533 ss.
- Id., *La circostanza aggravante comune della latitanza (art. 61 n. 6 c.p.)*, in *Arch. pen.*, 1946, I, 69 ss.
- Id., *Attenuanti generiche e loro necessaria specificazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 414 ss.
- Id., *Attenuanti generiche, pena base e motivazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 553 ss.
- Framarino De' Malatesta N., *Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto*, Napoli, 1887.
- Franchina G., *Contestazione della recidiva e conseguenze dell'omessa contestazione*, in *Giur. sic.*, 1965, 86 ss.
- Frijo G., *Gli eccessi nella repressione sono controproducenti per la sicurezza*, in *Guida dir.*, 2008, 33, 11 ss.
- Frosali R. A., *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933.
- Id., *Le circostanze nei rapporti con gli elementi costitutivi del reato e nella loro applicazione di ufficio*, in *Scuola pos.*, 1938, II, 261 ss.
- Id., *Motivazioni implicite e presunte. Le circostanze nei rapporti con gli elementi costitutivi del reato, e nella loro applicazione di ufficio*, in *Scuola positiva*, 1938, II, 261 ss.
- Id., *Sistema pen. it.*, vol. I, 1958, 575 ss.
- Id., *Unità o pluralità di circostanze*, in *Scuola pos.*, 1938, II, 289 ss.
- Furnò E., *Ancora in tema di circostanze attenuanti generiche*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1947, I, 45 ss.
- Id., *Ancora in tema di circostanze attenuanti generiche*, in *Giur. Cass. pen.*, 1947, 45 ss.
- Id., *Irrevocabilità delle attenuanti generiche*, Chiavari, 1965.
- Fuschi L., *L'attenuante della riparazione del danno è applicabile anche se il risarcimento è effettuato dall'istituto assicuratore*, in *Cass. pen.*, 1979, 1495 ss.
- Id., *Le attenuanti dopo la "Legge ex Cirielli": questioni di legittimità costituzionale del nuovo art. 69 c.p.*, in *Giur. merito*, 2006, 697 ss.
- Gaito A., *Osservazioni sul cumulo delle pene nell'innovato regime della recidiva*, in *Arch. pen.*, 1976, II, 136 ss.
- Id., *Sulla maggiore gravità del caso di emissione di assegni a vuoto*, in *Arch. pen.*, II, 1976, 276 ss.
- Galassi I., *Le attenuanti generiche e il principio della legge più favorevole*, in *Massimario pen.*, 1947, 197 ss.

- Gallisai Pilo M. G., *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 773 ss.
- Gallo E., *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Studi Vassalli*, Milano, 1993, 359 ss.
- Gallo M., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 750 ss.
- Id., *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 422 ss.
- Id., *Le forme del reato*, Torino, 1967.
- Id., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 560 ss.
- Gallo S., *Applicabilità delle circostanze attenuanti comuni all'illecito tributario*, in *Legisl. giur. trib.*, 1976, 1075 ss.
- Id., *Appunti di diritto penale, III, Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 4 ss.
- Id., *La concessione in materia tributaria*, in *Riv. guardia fin.*, 1966, 445 ss.
- Id., *La recidiva nel contrabbando*, in *Riv. guardia fin.*, 1965, 185 ss.
- Id., *Inapplicabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità*, in *Riv. guardia fin.*, 1973, 79 ss.
- Gallo E., Musco E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
- Gambardella M., *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, 1349 ss.
- Garavelli M., *Eutanasia e attenuante del motivo di particolare valore morale*, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1780 ss.
- Id., *Sull'abuso di prestazione d'opera nella appropriazione indebita originata da rapporti societari*, in *Giust. pen.*, 1976, II, 272 ss.
- Gargani A., *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- Id., *Le modifiche al codice penale introdotte dal c.d. "pacchetto sicurezza" (l. 26 marzo 2001 n. 128)*, in *Studium iuris*, 2001, 1 ss.
- Gargiulo C., *Attenuanti generiche*, in *Arch. giur. Serafini*, 1949, 13 ss.
- Garino V., voce *Circostanze del reato (Diritto penale militare)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. I, 1980, 1261 ss.
- Gatta G. L., *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 713 ss.
- Id., *Decreto sicurezza: le modifiche al codice penale*, in *Corr. merito*, 2008, 999 ss.
- Id., *Modifiche in tema di omicidio colposi e di lesioni personali colpose*, in *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2009, 67 ss.
- Gazzaniga E., *Sull'applicabilità dell'attenuante comune del ravvedimento attivo in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Cass. pen.*, 1985, 1565 ss.
- Gentile G., *I fondamenti della filosofia del diritto*, Pisa, 1926.
- Gesù F., *Sulle circostanze attenuanti cosiddette generiche*, in *Giust. pen.*, 1948, II, 641 ss.
- Giangiacomo B., *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251 del 2005*, in *Cass. pen.*, 2009, 4068 ss.
- Giannelli F., *E' applicabile l'aggravante del nesso teleologico nel caso di concorso formale dei reati?*, in *Nuovo dir.*, 1985, 237.
- Id., *Il fatto colposo della persona offesa*, in *Nuovo dir.*, 1983, 85 ss.
- Giannelli F., Maglio M. G., *Questioni in tema di circostanze del reato*, in *Riv. pen.*, 2005, 1027 ss.
- Gianti G. C., *Motivi politici ed attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p.*, in *Giur. it.*, 1970, II, 135 ss.
- Gilozzi M., *Circostanze attenuanti generiche e termine di prescrizione dei reati*, in *Scritti Rocco Agostino*, 151 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Giordana F., *Aggravante dell'art. 61, n. 9, c.p. e soppressione di atti ad opera di un pubblico ufficiale*, in *Giur. it.*, 1972, II, 65 ss.
- Giuliani U., *Aspetti normativi delle attenuanti generiche*, in *Scuola pos.*, 1965, 254 ss.
- Giulimondi F., *Circostanza attenuante della suggestione da folla in tumulto e fatti di Genova*, in *Il mondo giudiziario*, 2001, 410 ss.
- Giunta F., *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, in *Studium iuris*, 2003, 1192 ss.
- Id., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss.
- Id., *Legge 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione*, in *Legisl. pen.*, 2006, II, 465 ss.
- Giunta F., Marzaduri E., *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica: aggiornata alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Milano, 2010.
- Gonzales Cussac, *Teoria general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, 45 ss.
- Gramatica G., *L'attenuante del risarcimento del danno*, in *Dir. prat. strad.*, 1970, 65 ss.
- Gramatica F., *Le circostanze attenuanti in fase istruttoria nel sistema vigente e nel progetto del nuovo c.p.p.*, in *Riv. pen.*, 1979, 337 ss.
- Granata M., *L'elemento psicologico in ordine alle circostanze aggravanti ed il principio della imputabilità morale*, in *Giust. pen.*, 1947, 635 ss.
- Greco R., *Le circostanze del reato*, in *Riv. pen.*, 1962, 660 ss.
- Grieco A., *Le circostanze attenuanti generiche con speciale riferimento agli stati emotivi e passionali*, in *Giust. pen.*, 1950, II, 1022 ss.
- Grilli L., *La valutazione del danno nella truffa contrattuale*, in *Giust. pen.*, 1970, II, 388 ss.
- Grillo F., *Reati in materia di stupefacenti e danno di speciale tenuità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1249 ss.
- Grisolia M. C., *Il "precedente" della cassazione nella realtà di una Corte d'Appello*, in, *Interpretazione*, a cura di Cocco, Padova, 2005, 95 ss.
- Grispigni F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 10 ss.
- Grosso C. F., *Struttura sistematica dei c.d. "delitti aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 443 ss.
- Grosso D., *Brevi note in tema di compatibilità fra l'attenuante del risarcimento del danno anteriormente al giudizio ed il delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 313 ss.
- Id., *Misure premiali, dichiarazioni dell'imputato e riflessi sull'accertamento processuale*, in *Giust. pen.*, 1984, III, 514 ss.
- Id., *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 247 ss.
- Id., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig.*, XV, 1982, 707 ss.
- Id., *Responsabilità penale, personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli, 1989, 269 ss.
- Id., *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 443 ss.
- Guacciardi G., *Appunti in tema di provocazione*, in *Calabria giudiz.*, 1969, 105 ss.
- Id., *Appunti in materia di provocazione*, in *Foro nap.*, 1963, II, 39 ss.
- Id., *Considerazioni sulla recidiva*, in *Arch. pen.*, 1969, I, 102 ss.
- Gualtieri C., *Natura della riduzione di pena nel giudizio abbreviato*, in *Ind. pen.*, 1993, 391 ss.
- Guarneri G., *Le circostanze attenuanti indefinite*, in *Riv. pen.*, 1952, I, 569 ss.
- Id., *Sulla circostanza attenuante comune del risarcimento del danno e sui poteri dispositivi dell'offeso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 242 ss.

- Guarniello R., *Sull'aggravante del nesso teleologico nel falso in cambiale commesso per consumare una truffa*, in *Foro it.*, 1966, II, 228 ss.
- Guerrini R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato. I profili dogmatici*, Milano, 1988.
- Id., *L'art. 68 c.p. e la disciplina del concorso apparente di norme*, in *Studi senesi*, 1986, I ss.
- Guerrini F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11 aprile 1974, n. 99*, in *Studi sen.*, 1978, 35 ss.
- Id., *Le circostanze del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Cadoppi, II, Torino, 2001, 273 ss.
- Guglielmetti A., *Ancora sulle circostanze del reato e sull'amnistia*, in *Scuola positiva*, 1938, II, 67 ss.
- Guglielmini C., *La disciplina delle circostanze aggravanti secondo la nuova normativa dell'art. 59 c.p. dettato dall'art. 1 L. 7 febbraio 1990, n. 19*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 699 ss.
- Guida M., *Attenuanti generiche*, in *Giust. pen.*, 1964, I, 94 ss.
- Gullo L., *L'attenuante inapplicata dell'art. 62 n. 5 c.p.*, in *Foro cosent.*, 1990, (4), 9 ss.
- Gustatapano G., *Attenuanti generiche e particolari aspetti del giudizio di comparazione ex art. 69 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1956, II, 373 ss.
- Hassemer W., *Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, 281 ss.
- Id., *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Critica dir.*, 2008, 15 ss.
- Hirsch H.J., *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in *Studi Nuvo-lone*, I, 275 ss.
- Id., *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 758 ss.
- Iacovone G. A., *Circostanze relative alla quantità del danno e delitto di falso in atti pubblici*, in *Foro pen.*, 1968, 463 ss.
- Irk A., *Brevi note sull'applicazione della pena e sulle circostanze del reato nel progetto Rocco*, in *Il codice Rocco e le recenti codificazioni penali*, vol II, Roma, 1932, 33 ss.
- Jannelli E., *Recidiva non contestata nel giudizio di cognizione. Irrilevanza in fase di esecuzione. Fattispecie in tema di estinzione della pena per decorso del tempo*, in *Cass. pen.*, 1969, 269 ss.
- Id., *Commento all'art. 1. L. 28/7/84 n. 398*, in *Legisl. pen.*, 1985, 69 ss.
- Jannaccone P., *Aspetti criminologici della recidiva e prospettive di riforma dell'istituto*, in *Riv. pen.*, 1974, 345 ss.
- Id., *La recidiva*, in *Riv. pen.*, 1972, I, 457 ss.
- Jannuzzi A., *L'attenuante della legge Merlin*, in *Giust. pen.*, 1961, II, 467 ss.
- Jescheck, Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1960, 270 ss.
- Jiménez de Asúa L., *La ley y el delito*, Buenos Aires, 1978, 448 ss.
- Jovane E., *Il concorso delle circostanze del reato*, in *Foro it.*, 1933, II, 245 ss.
- Id., *Le attenuanti generiche nel vecchio e nel vigente codice penale*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1947, II, 399 ss.
- Kaenel P., *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien*, Bern, 1981.
- Kapun A., *Le circostanze del reato sono riferibili anche alla fattispecie del tentativo?*, in *Corr. merito*, 2007, 1319 ss.
- La Cute G., *Natura soggettiva delle due ipotesi dell'art. 62 n. 6 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1975, I, 249 ss.
- Id., *Osservazioni a Corte Costituzionale, Sentenza n. 143 del 10-16 maggio 1984*, in *Mass. pen.*, 1984, 339 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- La Greca G., *Inammissibilità dell'impugnazione e comparazione delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1981, 581 ss.
- La Monica M., *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 276 ss.
- La Rosa E., "I crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale, in *Criminalia*, 2008, 446 ss.
- Id., *L'omicidio aggravato dalla violenza sessuale di gruppo: tensioni repressive ed esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1235 ss.
- Lai P., *La circostanza attenuante della riparazione del danno e delitto tentato*, in *Cass. pen.*, 1988, 815 ss.
- Larizza S., *Il principio di regalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 122 ss.
- Latagliata A. R., *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967.
- Id., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.
- Id., *Osservazioni a Cass. 30 gennaio 1981 n. 165*, in *Mass. pen.*, 1982, 152 ss.
- Id., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 337 ss.
- Latini P., *Appunti in tema di colpa cosciente e dolo eventuale*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 271 ss.
- Laudi M., *Circostanze del reato. Attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale. Occorrono socialità del fine e correttezza dei modi usati. Condotta contraria all'ordine pubblico. Inapplicabilità dell'attenuante. Fattispecie in tema di rivolta di detenuti*, in *Cass. pen.*, 1972, 476 ss.
- Lazzari C., *Premeditazione ed assenza di movente: due ipotesi conciliabili?*, in *Rassegna giuridica umbra*, 1999, 851 ss.
- Le L., *Circostanze aggravanti diverse dal concorso e dalla recidiva*, in *Mondo giudiz.*, 1964, 382 ss.
- Leigh P., Hall Williams, *United Kingdom (England and Wales)*, in *International Encyclopaedia of Laws, Criminal Law*, a cura di Dunpont, Fjnaut, III, Denver, 1993, 80 ss., 154 ss.
- Leone F., *Attenuanti generiche e criteri di graduazione della pena*, in *Riv. pen.*, 1972, II, 76 ss.
- Id., *Sui motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Temi*, 1972, 323 ss.
- Id., *Contestazione della recidiva con sentenza di rinvio a giudizio*, in *Giur. merito*, 1971, II, 102 ss.
- Leonelli L., *Concorso di circostanze aggravanti: criteri logici e criteri formali*, in *Rass. umbra*, 1957, 159 ss.
- Levi N., *Delle circostanze del reato*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, diretto da U. Conti, Milano, vol. I, 1934, 252 ss.
- Levi A., *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1923, 6 ss., 132 ss.
- Licitra A., *Un nuovo ruolo per il giudizio di bilanciamento delle circostanze?*, in *Giur. cost.*, 1985, I, 2687 ss.
- Liguori U., *Il diritto penale premiale. La tecnica delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e il problema della loro possibile cumulabilità*, in *Giust. pen.*, 1998, II, 1 ss.
- Loasses I., *Le circostanze "soggettive" e l'amnistia*, in *Scuola positiva*, 1934, II, 236 ss.
- Loi E., *Le circostanze del reato*, in *Codice penale, Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. II, Torino, 1996, 241 ss.
- Lorusso S., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 390 ss.
- Lombardo M., voce *Circostanze*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 87 ss.
- Lonardo F., *Concorso di circostanze nel reato*, in *Giur. it.*, 1934, 234 ss.
- Longo A., *La "ex Cirielli" e la logica del "three strikes and you're out"*, in *Indice pen.*, 2007, 227 ss.
- Id., *Le circostanze attenuanti generiche: concessione o riconoscimento?*, in *Ind. pen.*, 2003, 1243 ss.

- Lopez R., *Le attenuanti generiche e il silenzio dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1121 ss.
- Loreto L., *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite*, in *Ind. pen.*, 2007, 420 ss.
- Losanna G., *Aggravante teleologica e concorso formale di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1008 ss.
- Losanna G., *Circostanze del reato. Aggravante del nesso teleologico. Contemporaneità dei reati. Uso o detenzione di misure o pesi con falsa impronta e truffa. Applicabilità dell'aggravante*, in *Cass. pen.*, 1967, 36 ss.
- Loschiavo G. C., *Diversità di pena per i casi di maggiore gravità e conseguenze giuridiche*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 272 ss.
- Id., *Reati della stessa indole in materia di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1968, 547 ss.
- Lotito G., *Aggravante della connessione teleologica. Reato mezzo e reato fine commessi con unica azione o formalmente concorrenti, non configurabilità*, in *Nuovo dir.*, 1994, 527 ss.
- Lottini R., *Il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti ex art. 69, comma 4 c.p. tra questioni di legittimità costituzionale e problemi applicativi*, in *Foro Toscano*, 2007, 99 ss.
- Lucchese P. V., *Il giudizio sulla gravità del caso nel delitto di emissione di assegno a vuoto*, in *Giust. pen.*, 1974, II, 581 ss.
- Id., *Rilievi giurisprudenziali sulle cause di giustificazione e sull'art. 119 c.p.*, in *Giur. merito*, 1975, IV, 241 ss.
- Lucchini L., *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in *Dig. it.*, vol. II - 2, 1983, 1 ss.
- Maccagno Benessia C., *Danno criminale e danno risarcibile a proposito dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 prima parte c.p.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1968, 528 ss.
- Macri M., *L'attenuante del risarcimento danni: interpretazione adeguatrice e principio di ragionevolezza*, in *Resp. civ.*, 1998, 637 ss.
- Maddalena M., *Le circostanze attenuanti per i terroristi «pentiti»*, Milano, 1984.
- Maffiodo Lange A., *In tema di suggestione proveniente da una folla in tumulto*, in *Giur. it.*, 1979, II, 61 ss.
- Maffucini C., *Rapporti tra artt. 416 e 416 bis c.p.: inapplicabilità all'art. 416 bis c.p. dell'aggravante di cui all'art. 1 legge n. 15/80*, in *Nuovo dir.*, 1985, 379 ss.
- Maggi V., *Natura, fondamento, e contenuto della circostanza attenuante di cui all'art. 48, u.p., C.p.m.p.*, in *Rass. giust. milit.*, 1976, 121 ss.
- Maggiore G., *Diritto penale, Parte generale*, vol. 1-2, Bologna 1949.
- Id., *Principi di diritto penale*, vol. 1, Bologna, 1932.
- Maggiore R., *Spunti sulla motivazione per il diniego delle circostanze attenuanti generiche*, in *Scuola positiva*, 1969, 642 ss.
- Magliaro A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.
- Magro I., *Circostanze aggravanti dell'art. 576 c.p.p. e rapporti tra delitto tentato e circostanze del reato*, in *Giur. merito*, 2005, 133 ss.
- Maiani G., *Principio di legalità e principio di discrezionalità nella norma dettata dall'art. 69 cod. pen.*, in *Boll. ist. dir. proc. pen. Univ. Pavia*, 1963-1964, 137 ss.
- Id., *Ripartizione del danno ed entità della pena*, in *Ind. pen.*, 1974, 179 ss.
- Maioli F., *Il falso in cambiali, reato autonomo o circostanza aggravante del falso in scrittura privata?*, in *Arch. pen.*, 1976, II, 33 ss.
- Id., *Il falso in cambiali, reato autonomo o circostanza aggravante del falso in scrittura privata?*, in *Giust. pen.*, 1976, II, 625 ss.
- Maiwald M., *Zur Problematik der besonders schiere Fälle im Strafrecht*, in *NSZ*. 1984, 433 ss.
- Id., *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele*, in *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin, New York, 1973, 137 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Majani G., *Principio di legalità e principio di discrezionalità nella norma dettata dall'art. 69 C.P.*, in *Boll. pen. Pavia*, 1962-53 e 1963-64, 137 ss.
- Majello C., *Falsità documentale e provocazione*, in *Foro nap.*, 1966, II, 71 ss.
- Majno L., *Commento al Codice penale italiano*, voll. I-III-IV, Roma, Torino, Napoli, 1922.
- Malinconico A., *Il reato di frode in commercio e l'attenuante del danno lieve agli effetti dell'amnistia*, in *Nuovo dir.*, 1967, 372 ss.
- Malinverni A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 66 ss.
- Id., voce *Motivi*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977, 287 ss.
- Id., *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in *Scuola positiva*, 1965, 185 ss.
- Maltese D., *L'aggravante delle sevizie e delle crudeltà*, in *Foro it.*, 2009, II, 397 ss.
- Manca G., *La "comunicabilità" dell'attenuante della riparazione del danno tra dato letterale, "ratio" di sistema e resistenze "etiche"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, fasc. 9, 1813 ss.
- Id., *Le circostanze del reato*, in M. Ronco (diretto), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, vol. II, tomo II, Bologna, 2007, 1 ss.
- Manca C., *Le circostanze del reato*, in *Il reato*, a cura di M. Ronco, Bologna, 2008.
- Manci F., *Note sulla premeditazione*, in *Scuola positiva*, 1931, 291 ss.
- Mancinelli L., *Concorso di circostanze aggravanti e di attenuanti generiche nel contrabbando doganale*, in *Vita dogan.*, 1971, 7 ss.
- Mancinelli Scotti P., *La legge sui pentiti e Carta dei diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 1984, I, 318 ss.
- Mancuso L., *Circostanze inerenti all'imputabilità e limite delle diminuzioni di pena*, in *Giur. merito*, 1969, II, 173 ss.
- Manduca F., *Il nuovo Codice penale italiano e i suoi criteri organici*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di P. Cogliolo, vol. I - 1, Milano, 1888.
- Manera G., *Brevi osservazioni sul giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee e sul concorso tra circostanze aggravanti previste in uno stesso numero dell'art. 625 c.p.*, in *Nuovo dir.*, 1996, 376 ss.
- Id., *Condanna per lesioni colpose gravi e mancata sospensione della patente*, in *Giur. it.*, 1978, II, 127 ss.
- Id., *Sul giudizio di comparazione fra circostanze aggravanti previste in uno stesso numero dell'art. 625 c.p.*, in *Giur. it.*, 1996, II, 545 ss.
- Mangiabene M., *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, 2059 ss.
- Mangini R., *In tema di circostanze generiche*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 524 ss.
- Id., *Riparazione del danno e transazione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1934, 1053 ss.
- Mangione A., «Abuso di maggioranza» ed «abuso d'autorità» nella gestione dell'impresa: dogmatica ed ermeneutica nell'applicazione dell'art. 61, n. 11, c.p., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 529 ss.
- Manna A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1993.
- Id., *La riforma delle attenuanti generiche nel quadro di un diritto penale "diseguale"*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008.
- Id., *Osservazioni sulla proposta d'introduzione di una attenuante generale per la confessione e la collaborazione con la giustizia*, in *Giust. pen.*, 1984, I, 312 ss.
- Mannozi G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996.
- Id., voce *Sentencing*, in *Digesto disc. pen.*, XIII, Torino, 2003, 150 ss.

- Mannucci M., *Furto in luoghi di privata dimora e fattispecie aggravata del furto semplice*, in *Foro Toscano*, 2003, V, 242 ss.
- Mantovani F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- Id., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011.
- Id., *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in AA. VV., *Francesco Carrara nel primo cenenario dalla morte*, Milano, 1991, 299 ss.
- Id., voce *Furto in abitazione e furto con strappo*, in *Disc. dig. pen.*, Agg., 2004, 237 ss.
- Id., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Padova, 1977, 447 ss.
- Mantovani S., *In tema di circostanze del reato di associazione mafiosa*, in *Giur. it.*, 2006, 1921 ss.
- Manzini V., *Istituzioni di diritto penale italiano*, Milano, Torino, Roma, 1913.
- Id., *Trattato di diritto penale italiano*, Milano, Napoli, Roma, vol. I, 1920; vol. II, 1920, vol. III, 1921, vol. VII, 1922, vol. VIII, 1922.
- Id., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, vol. I-II-III, Torino, 1981.
- Manzoni D., *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (l. 15.07.2009 n. 94). Parte II*, in *Legisl. pen.*, 2009, 583 ss.
- Marani S., *Il reato circostanziato*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2007.
- Marchesiello A., *Un caso di recidiva*, in *Foro nap.*, 1973, III, 62.
- Marciano G., *Delle circostanze del reato nel Progetto italiano di Codice penale*, in *Il progetto Rocco nel progetto giuridico e contemporaneo*, Roma, 1930, 319 ss.
- Id., *In tema di calunnia (fatto vero e circostanze false)*, in *Scuola positiva*, 1933, I, 135 ss.
- Marconi G., *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993.
- Marina F. A., *Compatibilità della concessione delle attenuanti generiche con la attenuante della buona condotta in servizio prevista per i reati militari*, in *Giust. pen.*, 1950, II, 534 ss.
- Marino F., *La recidiva nel reato continuato*, in *Riv. pen.*, 1970, I, 480 ss.
- Marini G., *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in *Noviss. dig. pen.*, App., vol. I, 1980, 1254 ss.
- Id., *Circostanze del reato. Attenuante da fatto doloso della persona offesa. Nozione. Comportamento molto anteriore all'azione del colpevole. Inefficienza*, in *Cass. pen.*, 1970, 1289 ss.
- Id., *Circostanze del reato. Attenuante della provocazione. Fatto ingiusto. Omicidio colposo in danno di un fratello*, in *Cass. pen.*, 1969, 1204 ss.
- Id., *Elementi di diritto penale, Parte generale*, I, Torino, 1968.
- Id., *Fatto doloso della persona offesa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1960, 930 ss.
- Id., *Il valore del precedente nella prassi*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1960, 211 ss.
- Id., *Le circostanze del reato*, Milano, 1965.
- Id., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988.
- Id., *Offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta. Reato unico. Inscindibilità ai fini dell'amnistia. Attenuante della provocazione. Inapplicabilità*, in *Cass. pen.*, 1969, 826 ss.
- Id., *Profili di una teoria del reato circostanziato*, Milano, 1963.
- Id., *Questioni in tema di applicabilità dell'attenuante prevista dall'articolo 62 n.4 c.p. al tentativo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1965, 439 ss.
- Marinucci G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, 1190 ss.
- Id., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, 976 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci G., Dolcini E., Milano, 1985, 349 ss.
- Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale. 1. Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 1999.
- Id., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2009.
- Martina F., *L'aggravante delle più persone riunite nell'estorsione: un contrasto in via di superamento?*, in *Cass. pen.*, 1989, 54 ss.
- Martuscelli G., *Circostanze attenuanti*, in *Mass. pen.*, 1946, 41 ss.
- Masini D., *In tema di reati composti o circostanziati*, in *Giur. merito*, 1999, II, 347 ss.
- Masera L., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1373 ss.
- Id., *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Corr. merito*, 2008, 1180 ss.
- Massa M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.
- Massari E., *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930.
- Masucci L., *Il sistema di commisurazione delle pene*, in *Riv. pen. suppl.*, 1983-94, II, 321 ss.
- Mazza L., *Delitto tentato. Applicabilità di circostanze. Limite*, in *Mass. pen.*, 1979, 17 ss.
- Id., *Delitto tentato. Applicabilità di circostanze. Limite*, in *Riv. polizia*, 1980, 31 ss.
- Id., *Recidiva e giudizio di bilanciamento tra circostanze*, in *Studi senesi*, 2008, 416 ss.
- Mazza M., *Circostanze del reato. Attenuanti comuni. Danno patrimoniale di speciale tenuità. Ricettazione di moduli di assegni bancari. Riempimento dei titoli con indicazione dell'importo. Valutazione del danno. Criteri*, in *Mass. pen.*, 1979, 98 ss.
- Id., *Il fatto di «particolare tenuità» nel delitto di ricettazione*, in *Scritti Pioletti*, Milano, 1982, 403 ss.
- Id., *Osservazioni a Cass. Sez. II 15 febbraio 1984 n. 311*, in *Mass. pen.*, 1985, 308 ss.
- Id., *Provocazione o semplice suggerimento?*, in *Riv. pen.*, 1973, II, 172 ss.
- Mazzanti M., *Forme della recidiva e loro contestazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1248 ss.
- Mazzocco F., *Sul giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee e sul concorso tra circostanze aggravanti previste in uno stesso numero dell'art. 625 c.p.*, in *Giur. it.*, 1996, II, 545 ss.
- Mazzola V., *Recidiva facoltativa e libertà provvisoria*, in *Temi*, 1969, 40 ss.
- Mazzone M., *Reato continuato ed attenuante della riparazione del danno*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1988, 263 ss.
- Melchionda A., *Appunti sulla circostanza aggravante di cui all'art. 223 L. fall.*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 160 ss.
- Id., *Circostanze di reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 893 ss.
- Id., *Commento agli artt. 1 e 3 L. 7 febbraio 1990, n. 19*, in *Legisl. pen.*, 1990, 21 ss.
- Id., *Commento all'art. 4 l. 15/2/1996 n. 66 in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, scritti coordinati da A. Cadoppi, Padova, 1999, 121 ss.
- Id., *Il problema della distinzione fra circostanze "ad effetto speciale" e circostanze "ad effetto comune" (con specifico riferimento alle nuove aggravanti dei reati sessuali)*, in *Foro it.*, 2000, II, 566 ss.
- Id., *L'errore sulle circostanze aggravanti e attenuanti*, in *Codice penale, Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1996, 751 ss.
- Id., *La nuova disciplina delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.
- Id., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "riforma"*, in *Indice pen.*, 2002, 407 ss.

- Id., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.
- Id., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss.
- Id., *La «rilevanza oggettiva» delle circostanze del reato nelle prospettive di riforma*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1988, 1377 ss.
- Id., *Le circostanze del reato*, in *Studium Iuris*, 2001, 1168 ss.
- Id., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
- Id., *Le nuove fattispecie di usura. Il sistema delle circostanze*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 683 ss.
- Id., *Le circostanze del reato*, in *Studium iuris*, 2001, 1168 ss.
- Id., *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di F. Giunta, Milano, 2006, 195 ss.
- Id., *Legge 5 dicembre 2005 n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione*, in *Legisl. pen.*, 2006, II, 240 ss.
- Id., *Nuovi e vecchi problemi sulla natura, circostanziale della recidiva*, in *Foro it.*, 1987, II, 633 ss.
- Id., *Osservazioni a Cass., sez. III, 25 gennaio 1994, Tulli*, in *Foro it.*, 1994, II, 329 ss.
- Id., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1987, 63 ss.
- Id., *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 793 ss.
- Mele V., *Falso in cambiali: titolo autonomo di reato o circostanza aggravante?*, in *Foro it.*, 1980, II, 232 ss.
- Id., *Il regime delle circostanze nella nuova disciplina della recidiva del d.l. 11 aprile 1974*, in *Foro nap.*, 1975, III, 193 ss.
- Id., *Il regime delle circostanze nella nuova disciplina della recidiva del d.l. 11 aprile 1974*, in *Giust. pen.*, 1975, II, 499 ss.
- Melillo G., *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. della nuova proc. pen.*, 1999, 97 ss.
- Melli G. C. *La circostanza del «danno patrimoniale di speciale tenuità» nel delitto di bancarotta semplice documentale*, in *Giur. it.*, 1971, II, 269 ss.
- Id., *Esclusione della recidiva facoltativa da parte del giudice istruttore al limitato effetto di valutare la non obbligatorietà del mandato di cattura e di concedere la libertà provvisoria*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 217 ss.
- Meranghini U., *I motivi dell'«obiezione di coscienza» nell'ordine morale e nell'apprezzamento di essi circa l'applicabilità dell'attenuante dell'art. 62 n. 1 del cod. pen.*, in *Riv. pen.*, 1967, II, 57 ss.
- Mercione M., *Le diminuenti dei nuovi riti premiali ed i limiti minimi di pena applicabile*, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1825 ss.
- Mereu V., *L'accertamento dello stato di ebbrezza tra vecchie e nuove incertezze interpretative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, fasc. 7-8, 1506 ss.
- Mereu V., Zannotti G., *Il c.d. «decreto sicurezza»: profili di diritto sostanziale*, *Giur. merito*, 2009, 17 ss.
- Messina S., *Considerazioni «de jure condendo» sulle circostanze di cui agli articoli 61, n. 1 e 62, n. 1 del codice penale*, in *Riv. pen.*, 1973, I, 434 ss.
- Id., *La Corte di cassazione contro il diritto penale dell'«autore recidivo» rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 870 ss.
- Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Messini R., *Le vecchie attenuanti generiche e le comuni circostanze del reato del nuovo codice*, in *Scuola positiva*, 1933, I, 428 ss.
- Mezger E., *Diritto penale*, (trad.it. a cura di F. Mandatari), Padova, 1935.
- Micali M., *L'aggravante dell'agevolazione mafiosa: profili contenutistici e regola di disciplina*, in *Diritto e Formazione*, 2003, fasc. 10, 1495 ss.
- Minerva F., *Agente provocatore, tentativo impossibile, concorso del fatto doloso della persona offesa nella produzione dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1972, II, 610 ss.
- Id., *Il concorso doloso dell'offeso*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 178 ss.
- Id., *Il fine non giustifica i mezzi*, in *Arch. pen.*, 1972, II, 616 ss.
- Minnella M., *Fatto di particolare tenuità e danno di speciale tenuità nella ricettazione: un contrasto ormai superato?*, in *Cass. pen.*, 1987, 1346 ss.
- Id., *Sul danno patrimoniale di speciale tenuità*, in *Cass. pen.*, 1985, 308 ss.
- Miranda V., *Recidiva aggravata e reati della stessa indole*, in *Giust. pen.*, 1971, II, 298 ss.
- Mirto Randazzo P., *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in *Riv. pen.*, 1923, 424 ss.
- Id., *Le condizioni di individualizzazione del reato*, in *Analisi dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, IV, 1929-30, 7 ss.
- Id., *L'art. 62 bis del cod. pen. e la nozione di circostanze attenuanti generiche*, in *Riv. pen.*, 1954, I, 449 ss.
- Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
- Id., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciattezza legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395 ss.
- Monaco L., Paliero C. E., *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421 ss.
- Monteleone G., *Delle circostanze attenuanti generiche come elementi subiettivi diversi da quelli costituenti le attenuanti generiche e specifiche*, in *Riv. pen.*, 1950, II, 110 ss.
- Montone I., *Se la sanzione prevista per le circostanze aggravanti e formulata con l'espressione "la pena è raddoppiata" sia da considerare indipendente da quella ordinaria del reato agli effetti del giudizio di equivalenza o di prevalenza a norma dell'art. 69 comma 4 c.p., in Temi nap.*, 1961, II, 188 ss.
- Moretti E., *Sulla coesistenza della attenuante per motivi di particolare valore morale o sociale con quella della provocazione*, in *Riv. pen.*, 1933, 566 ss.
- Morgigni A., *Archiviazione per prescrizione e giudizio di comparazione tra circostanze*, in *Foro Toscano*, 2003, V, 99 ss.
- Morselli C., *Omicidio contro il coniuge: l'aggravamento "indistinto" della pena apre una forbice che espone la norma (art. 577, comma 2, c.p.) ad un sicuro vizio di incostituzionalità. Giusto processo (art 111 Cost) senza giusta pena?*, in *Riv. pen.*, 2010, 810 ss.
- Motti G., *Circostanze attenuanti generiche e giudizio di valenza*, in *Arch. giur. Serafini*, 1948, 889 ss.
- Id., *Concorso di aggravanti con attenuanti generiche*, in *Arch. giur. Serafini*, 1948, 907 ss.
- Mucciarelli A., *Motivo e condizioni per l'applicazione della attenuante prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. nel reato di emissione di assegni a vuoto*, in *Giust. pen.*, 1966, II, 641 ss.
- Mulliri G., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1321 ss.
- Muschiatello V. B., *L'evento ulteriore nella dogmatica del reato (considerazioni in margine alla recente legge 7 febbraio 1990, n. 19)*, in *Temi romani*, 1993, 39 ss.
- Musillami G., *Il potere discrezionale del giudice penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1941, 5 ss.
- Musotto G., *Corso di diritto penale, vol. I, parte generale*, Palermo, 1964.

- Nannarone P., *Brevi considerazioni intorno all'attenuante prevista dall'art. 62 n. 5 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1975, II, 443 ss.
- Id., *Rilevanza penale degli stati emotivi e passionali*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 465 ss.
- Id., *Valore probatorio della ritrattata chiamata di correo. L'attenuante della minima partecipazione al reato*, in *Giust. pen.*, 1973, III, 439 ss.
- Napodano G., *La dottrina della pena*, Napoli, 1891.
- Napoli A., *In tema di applicazione dell'art. 14 del codice penale*, in *Riv. guardia fin.*, 1977, 49 ss.
- Nastasi A., *Le ipotesi di confine tra circostanze attenuanti e situazioni scriminanti. Lo statuto penale della provocazione. (II Parte)*, in *Diritto e formazione*, 2002, 707 ss.
- Id., *Le ipotesi di confine tra circostanze attenuanti e situazioni scriminanti. Lo statuto penale della provocazione. (I-II Parte)*, in *Diritto e formazione*, 2002, 563 ss.
- Natali N., *Sulla possibilità di coesistenza delle circostanze attenuanti della provocazione e dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Arch. dir. proc. pen.*, 1935, 179 ss.
- Neppi Modona G., *Il sistema sanzionatorio*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1994, 181 ss.
- Id., *Reato plurisoggettivo e aggravante del numero delle persone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1347 ss.
- Nicolaj G., *Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti?*, in *Giust. pen.*, 1984, I, 293 ss.
- Nobili M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
- Nosegno S., *Costrizione a scioperare e motivi di particolare valore sociale*, in *Giur. it.*, 1974, II, 320 ss.
- Notargiacomo V., *La rilevanza dell'età della vittima ai fini dell'aggravante della minorata difesa*, in *Cass. pen.*, 2011, 2153 ss.
- Novelli G., *Primi lineamenti di una teoria della individualizzazione della pena nelle sue tre fasi: legislativa, giudiziaria ed esecutiva*, in *Studi in onore di M. D'Aurelio*, vol. II, Roma, 1933, 454 ss.
- Nucci R., *Giudizio di equivalenza o prevalenza e circostanze attenuanti generiche*, in *Giur. completa Cass. pen.*, 1948, I, 310 ss.
- Nuvolone P., *Accertamento della pericolosità del processo di cognizione*, in *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962.
- Id., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1947.
- Id., *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Foro pen.*, 1957, 621 ss.
- Id., *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Stellung und Aufgabe des Richters in modernen Strafrecht, Mélanges Oscar Adolf Germann*, Bern, 1959, 220 ss.
- Id., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
- Id., *L'art. 61 n. 5 c.p. ed il momento consumativo del reato*, in *Riv. dir. pen.*, 1948, 88 ss.
- Id., *Les circonstances aggravantes en droit italien*, in *Reveau international de droit pénal*, 1965, 605 ss.
- Id., voce *Pena (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, 1982.
- Id., *Problematica dell'unificazione del diritto penale dei paesi europei*, in *AA.VV., Prospettive per un diritto penale europeo, Atti del IV convegno di diritto penale di Bressanone*, 1967, Padova, 1968, 287 ss., 294 ss.
- Ondei E., *Natura giuridica dell'aggravamento discrezionale delle pene pecuniarie*, in *Riv. pen.*, 1936, 766 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *Ancora sulla natura dell'aggravamento discrezionale delle pene*, in *Giust. pen.*, 1951, II, 962 ss.
- Orazio S., *L'aggravante delle "più persone riunite" nel delitto di estorsione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3113 ss.
- Padovani T., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554 ss.
- Id., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 187 ss.
- Id., *Circostanze del reato nel diritto penale militare*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, 225 ss.
- Id., *Diritto penale*, Milano, 2008.
- Id., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, 1991, 253 ss.
- Id., *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, in *Cass. pen.*, 1989, 1181 ss.
- Id., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- Id., *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto aggravato*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, 489 ss.
- Id., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss.
- Id., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 32 ss.
- Pagliaro A., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli, 1989, 5 ss.
- Palazzo D., *A proposito di risarcimento del danno patrimoniale*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 838 ss.
- Id., *Al limite del diritto*, in *Giust. pen.*, 1971, II, 530 ss.
- Palazzo F. C., *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 525 ss.
- Id., *Considerazioni sulla compatibilità fra le aggravanti dell'esposizione alla pubblica fede e dell'uso di violenza o di mezzi fraudolenti e sulla compatibilità tra reato continuato e aggravante teleologica*, in *Temi*, 1971, 162 ss.
- Id., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari. Problemi. Prospettive*, Milano, 1993, II, 97 ss.
- Id., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- Id., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.
- Id., *Oltraggio, scriminante degli atti arbitrari, aggravante di cui all'art. 61 n. 10 c.p. e attenuante della provocazione*, in *Giur. it.*, 1971, II, 341 ss.
- Id., *Per un piano di salvataggio della giustizia penale contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 455 ss.
- Id., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1 ss.
- Palermo Fabris E., *La recente legislazione italiana in tema di frodi comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1993, 810 ss.
- Paliero C. E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.
- Id., *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.
- Id., *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, in AA. VV., *Prospettive di riforma*, Milano, 1996, 205 ss.
- Id., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726 ss.
- Palma A., *Circostanze aggravanti*, in *Studium iuris*, 2011, 82 ss.

- Id., (*In tema di*) *assoggettabilità al bilanciamento della circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 8*, in *Studium iuris*, 2010, 682 ss.
- Palopoli N., *Le aggravanti e le qualifiche nelle così dette lesioni lievissime in rapporto anche alla facoltà di cattura*, in *Riv. pen.*, 1992, 369 ss.
- Palumbo F., *Sull'applicabilità dell'aggravante del nesso teleologico nel caso di falso in scrittura privata realizzato per commettere truffa*, in *Arch. pen.*, 1973, II, 281 ss.
- Panebianco S. M., *Le circostanze attenuanti generiche*, in *Foro sic.*, 1946, III.
- Panetta L., *Incompatibilità dell'attenuante della minima partecipazione con l'aggravante di più persone riunite nel delitto di rapina*, in *Giur. merito*, 1984, 131 ss.
- Id., *Natura della circostanza prevista dall'art. 15 quater della l. 22 dicembre 1980 n. 874. Divieto del giudizio di comparazione*, in *Giur. merito*, 1986, 878 ss.
- Pannain R., *Concorso di circostanze previste nello stesso numero o nella medesima disposizione*, in *Arch. pen.*, 1951, II, 571 ss.
- Id., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 1967.
- Id., *Osservazioni al D.L.L. 14 settembre 1994, n. 288*, in *Arch. pen.*, 1945, I, 323 ss.
- Id., *Gli elementi essenziali ed accidentali del reato*, Roma, 1936.
- Id., *Sull'aumento di pena nell'ipotesi di più circostanze aggravanti alternativamente previste dalla medesima disposizione di legge*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 394 ss.
- Paoli G., *Coppia di aggravanti eterogenee e giudizio di equivalenza o di prevalenza tra circostanze omogenee*, in *Giust. pen.*, 1939, II, 968 ss.
- Id., *Il diritto penale italiano, 1, Parte generale I. I fondamenti*, Padova, 1936.
- Id., *Le circostanze del reato nel Progetto definitivo di Codice penale*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma 1930, 295 ss.
- Id., *Le singole aggravanti comuni dell'articolo 61 codice penale*, in *Riv. pen.*, 1939, 679 ss.
- Id., *Le singole attenuanti comuni dell'articolo 62 codice penale*, in *Riv. pen.*, 1939, 1015 ss.
- Id., *Per le circostanze attenuanti generiche*, in *Scuola pos.*, 1932, I, 538 ss.
- Papi I., *Le ambiguità dell'art. 69 c.p. tra reale e razionale*, in *Cass. pen.*, 1984, 1925 ss.
- Parlato L., *Concorso di aggravanti ad effetto speciale, riforma dell'art. 5 c.p.p. e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, 3608.
- Pasella R., *Appunti in tema di giudizio di bilanciamento fra circostanze*, in *Riv. pen.*, 1977, 245.
- Id., *Discrezionalità del giudice ed incidenza frazionaria delle circostanze sulla pena base*, in *Arch. pen.*, 1975, I, 417 ss.
- Id., *Osservazioni a Cass. pen. 6 gennaio 1981, n. 34*, in *Fallimento*, 1981, 507.
- Pasetti Bomardella Romei M., *Comparazione di circostanze nei reati colposi*, in *Giur. merito*, 1975, II, 265 ss.
- Pastore A., *Logica formale*, Torino, 1906, 130.
- Patalano V., *Sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno nell'ipotesi di transazione (contributo all'interpretazione dell'art. 62 n. 6 c.p.)*, in *Foro pen.*, 1967, 1 ss.
- Patané S., *L'aggravante ex art. 112 n. 1 c.p. nei reati commessi da componenti di organi collegiali*, in *Giust. pen.*, 1987, II, 350 ss.
- Id., *Le circostanze attenuanti nella fase di istruzione*, in *Giust. pen.*, 1973, III, 71 ss.
- Id., *Nuove incertezze sulla nozione di «applicazione di circostanze»*, in *Giust. pen.*, 1992, II, 519 ss.
- Id., *Postilla a «Le circostanze attenuanti nella fase di istruzione»*, in *Giust. pen.*, 1973, III, 223 ss.
- Paternò F. M., *Circostanze complesse e bilanciamento*, in *Arch. pen.*, 1976, I, 313 ss.
- Pavarini M., *Configurabilità dell'aggravante del nesso teleologico nel caso che reato mezzo e reato fine siano unificati dalla continuazione*, in *Arch. pen.*, 1974, II, 47 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Pavesi F., *Sul concorso dell'aggravante della cessione di sostanza stupefacente a persona minore di età e dell'attenuante del fatto di lieve entità*, in *Giur. it.*, 2011, 1372 ss.
- Pazzano R., *Lesioni personali aggravate e nuova disciplina delle circostanze*, in *Foro it.*, 1992, II, 489 ss.
- Peccioli A., *La circostanza aggravante della clandestinità*, in *Dir. pen. proc. Immigrazione. Gli speciali*, 2009, 42 ss.
- Id., *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, suppl., 42 ss.
- Id., *La riforma delle circostanze e le ipotesi escluse dal giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1197 ss.
- Id., *Le circostanze del reato nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.
- Id., *Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi: le modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 934 ss.
- Id., *Minore età e giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 737 ss.
- Pecorella C., *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla c.d. riforma del diritto penale*, in *Studi parmensi*, VII, 1957, 301 ss.
- Pedio T., *L'art. 90 del cod. pen. e le attenuanti generiche*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 52 ss.
- Pedrazzi C., *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 341 ss.
- Id., *L'“exceptio veritatis”*. *Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1952, 428 ss.
- Id., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303 ss.
- Pelissero M., *Art. 640 bis c.p. Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 341 ss.
- Id., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1991, 923 ss.
- Pelizzola G., *Circostanze del reato*, in *Studium iuris*, 2000, 1385 ss.
- Pellegrini L., *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1366 ss.
- Id., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti - www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2, 2011
- Perotti., *La recidiva reiterata “comune” non può essere mera forma*, in *Cass. pen.*, 2010, 615 ss.
- Pessina E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli 1891.
- Id., *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, vol. III, 1906, 3 ss.
- Id., *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina E., Milano, vol. II, 1906, 541 ss.
- Id., *Il nuovo codice penale italiano*, vol. I, Milano, 1890.
- Id., *Manuale del diritto penale italiano*, voll. I-II, Napoli, 1906.
- Pestelli G., *Compatibile l'attenuante del fatto di “lieve entità” con l'aggravante della cessione a persona di minore età*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1449 ss.
- Petrocelli B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.
- Pezzano R., *Lesioni personali aggravate e nuova disciplina delle circostanze*, in *Foro it.*, 1992, II, 489 ss.
- Pezzi A., *Natura giuridica della fattispecie di cui all'art. 491 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1093 ss.
- Pennisi A., *Contestazione, dichiarazione ed effetti penali della recidiva*, in *Giur. it.*, 1974, II, 27 ss.
- Piacenza S., *Giudizio di prevalenza o di equivalenza: un caso particolare di esclusione*, in *Giust. pen.*, 1954, II, 37 ss.
- Piccialli P., *Il computo delle circostanze in caso di reato continuato*, in *Corr. merito*, 2009, 1019 ss.

- Id., *La cessione al minore e il fatto di lieve entità*, in *Corr. merito*, 2011, 84 ss.
- Piccioli A., Scalia M. E., D'Auria D., *Le modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1226 ss.
- Picotti L., *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004, 58 ss.
- Pintacuda S., *Natura ed effetti del giudizio di comparazione tra circostanze*, in *Giust. pen.*, 1958, II, 629 ss.
- Id., *Recidiva generica o recidiva specifica*, in *Rass. dogan. Imp. Fabbr.*, 1970, 1085 ss.
- Pioletti A., *Circostanze del reato. Attenuanti comuni. Motivi di particolare valore morale e sociale. Elementi integrativi della circostanza*, in *Mass. pen.*, 1978, 145 ss.
- Pioletti G., *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, 1997, 232 ss.
- Id., *Sull'applicabilità dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale all'infanticidio per causa d'onore*, in *Arch. pen.*, 1970, II, 288 ss.
- Pioletti U., *Sul concorso di più circostanze alternativamente previste nel medesimo capoverso numero e disposizione*, in *Riv. pen.*, 1936, 636 ss.
- Piras P., *L'imputazione delle circostanze aggravanti: la fattispecie della malattia insanabile conseguente al reato di lesioni personali*, in *Cass. pen.*, 1999, 3438 ss.
- Piroddi A., *Reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale e provocazione*, in *Ass. Arma Carab.*, 1974, 769 ss.
- Pisa P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc., Immigrazione. Gli speciali*, 2009, 5 ss.
- Id., *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8 ss.
- Pisani M., *La disciplina processuale delle circostanze aggravanti*, in *Scuola pos.*, 1965, 56 ss.
- Pisapia G. D., *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*, Padova, 1965.
- Id., *Influenza della recidiva ai fini della prescrizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 138 ss.
- Id., *Recidiva e libertà personale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 322 ss.
- Pistorelli L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, 47 ss.
- Pittaro P., *Atti sessuali con minorenne: concessa l'attenuante della minore gravità se sussiste l'amore*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 1048 ss.
- Plantamura V., *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio dello Stato*, in *AA. VV., Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 271 ss.
- Pomodoro S., *Attenuanti generiche e poteri discrezionali*, in *Arch. ric. Giur.*, 1961, II, 65 ss.
- Porzio M., *Sulla inestensibilità al concorrente delle aggravanti soggettive "non conosciute"*, in *Foro pen.*, 1963, 565 ss.
- Potetti D., *Il nuovo art. 186, commi 2 e 2 bis, C. strad: aggravanti o figure autonome di reato?*, in *Cass. pen.*, 2008, 2986 ss.
- Poto D., *Frode nell'esercizio del commercio. Consegna di cosa diversa da quella pattuita o dichiarata. Attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità. Inapplicabilità*, in *Cass. pen.*, 1969, 235 ss.
- Preziosi S., *L'attenuante del risarcimento del danno prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. e la nuova disciplina delle circostanze del reato*, in *Cass. pen.*, 1993, 1411 ss.
- Id., *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000.
- Prosdocimi S., *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Studi Delittala*, 1197 ss.
- Id., *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 269 ss.
- Id., *Osservazioni sull'aggravamento o tentato aggravamento delle conseguenze del delitto commesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 522 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.
- Id., *Qualche osservazione sulla circostanza del danno di gravità rilevante all'impresa nei reati societari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1342 ss.
- Proto V., *Osservazioni sulla determinazione del danno patrimoniale nei delitti di bancarotta*, in *Cass. pen.*, 1978, 1492 ss.
- Puccetti P., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di Ronco, III, Persone e sanzioni, Bologna, 2006.
- Puleio F., *Tanto tuonò che piovve. La L. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Cass. pen.*, 2005, 3697 ss.
- Pulitanò D., *Diritto penale*, Torino, 2005, 452 ss.
- Id., *Il principio di colpevolezza ed il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 499 ss.
- Id., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- Id., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, I, Milano, 2006, 657 ss.
- Id., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 507 ss.
- Id., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1079 ss.
- Id., *Una pretesa riforma penale*, in *Quest. giust.*, 1970, 101 ss.
- Puntillo F., *Inammissibilità del giudizio di comparazione nel reato previsto dall'art. 121 del codice stradale*, in *Nuovo dir.*, 1978, 336 ss.
- Punzo M., *Delle circostanze del reato, de iure condito e de jure condendo*, in *Corte di Assise*, 1951, 171 ss.
- Putzu G., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: circostanza o delitto autonomo*, in *Rivista giuridica sarda*, 2002, fasc. 3, I, 815 ss.
- Putinati S., *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, 2008.
- Quero T., *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte Costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio di inammissibilità*, in *Giur. merito*, 2010, 1910 ss.
- Quintano Ripolles A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1966, 193 ss.
- Racheli S., *Ancora sull'art. 491 del codice penale: circostanza aggravante o titolo autonomo di reato?*, in *Riv. pen.*, 1976, 89 ss.
- Radbruch G., *Klassensbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, 466 ss.
- Raffaelli R., *Nomotesia penale*, vol. IV, Napoli, 1826, 36 ss.
- Id., *In tema di aggravanti in materia di tratta di esseri umani*, in *Legisl. pen.*, 2010, 483 ss.
- Ramacci F., *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1988.
- Id., *Alcune riflessioni sulla riforma in materia di circostanze*, in *Studi senesi*, 1993, 147 ss.
- Id., *Corso di diritto penale, vol. II, Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, 1993.
- Ranieri S., *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 1945.
- Ramajoli S., *Limiti applicativi dell'attenuante di avere agito per suggestione di folla in tumulto*, in *Arch. pen.*, 1960, II, 376 ss.
- Rampioni R., *Abuso d'ufficio ed attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Cass. pen.*, 1977, 44 ss.
- Ranieri S., *Politica e diritto penale*, in *Critica pen.*, 1946, 5 ss.
- Id., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, vol. I, Padova, 1952.
- Ranucci D., *Le attenuanti generiche tra discrezionalità vincolata e discrezionalità libera*, in *Temì rom.*, 1990, 309 ss.
- Ravenna M., *Circostanze attenuanti e computo della pena ai fini dell'amnistia*, in *Rivista giuridica sarda*, 1991, 831 ss.
- Regina A., *Il reato aberrante*, Milano, 1970.
- Reitano M., *Il profilo criminologico di talune attenuanti generiche*, in *Foro ambrosiano*, 2008, 469 ss.

- Rende D., *Fondamento del valore attenuante della provocazione. Provocazione e premeditazione*, in *Foro it.*, 1934, II, 1 ss.
- Renoldo C., *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva e principio di ragionevolezza*, in *Quest. giust.*, 2006, 609 ss.
- Resse P., *Natura giuridica delle circostanze attenuanti generiche*, in *AI*, 1989, 434 ss.
- Restivo N., *Dalla recidiva giuridica al recidivismo criminologico*, in *Rass. giur. umbra*, 1969, 5 ss.
- Id., *L'imprescrittibilità della pena nei confronti del recidivo*, in *Esecuz. pen.*, 1969, 40 ss.
- Riccio G., *La precedente dichiarazione giudiziale di recidiva come presupposto della recidiva reiterata*, in *Foro pen.*, 1970, 237 ss.
- Id., *I delitti aggravanti dall'evento*, Napoli, 1936.
- Id., *Recidiva*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, 1964, 1050 ss.
- Richiello G., *Elementi costitutivi e circostanze aggravanti dei reati di furto militare, violenza contro un minore ed insubordinazione con violenza*, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1400 ss.
- Riondato S., *Reato continuato e fatto di particolare tenuità nella ricettazione*, in *Riv. polizia*, 1983, 326 ss.
- Risicato L., *Error aetatis e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 584 ss.
- Rocchi F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4097 ss.
- Id., *La recidiva reiterata è aggravante facoltativa*, in *Cass. pen.*, 2008, 1905 ss.
- Rocco A., *Lezioni di diritto penale. 1932-33*, Roma, 1933.
- Romagnoli G., *Genesi del diritto penale*, Milano, 1857.
- Romanelli A., *Aspetti giuridici ed aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1968, I, 225 ss.
- Romano B., *La riforma del codice penale nel progetto della Commissione Pisapia*, in *Ind. pen.*, 2008, 473 ss.
- Id., *Il rapporto tra norme penali: intertemporalità spazialità, coesistenza*, Milano, 1996.
- Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995.
- Id., *Contributo all'analisi della aberratio ictus*, Milano, 1970.
- Id., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Bologna, 1980, 177 ss.
- Id., *Rilevanza dell'elemento subiettivo nel fenomeno concorsuale*, in *Giur. merito*, 1978, 623 ss.
- Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 1990.
- Romano M., Grasso G., Padovani T., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994.
- Ronco M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- Id., *Il reato: modello storico e struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, II, Bologna, 2007, 81 ss.
- Id., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, 88 ss.
- Id., *Sequestro di persona a scopo di estorsione, di terrorismo e di eversione*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. VII, 1987, 134 ss.
- Rosa P., *Provocazione putativa in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. merito*, 1974, II, 130 ss.
- Rosi E., *Effetti nella recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirilli")*, a cura di Scalfati, Padova, 2006.
- Rosso B., *In tema di reciprocità delle offese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 1267 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Id., *Millantato credito. Attenuante di speciale tenuità. Inapplicabilità*, in *Cass. pen.*, 1971, 763 ss.
- Rosso G., *Retroattività della legge che ripristina le attenuanti generiche*, in *Riv. pen.*, 1947, 1097 ss.
- Rosso G., Nicosia M., *Le circostanze aggravanti nella problematica del diritto penale*, Milano, 1964, 102 ss.
- Rozera M., *Dell'offerta reale in materia penale*, in *Enpas*, 1972, 66 ss.
- Id., *Esercizio abusivo professione sanitaria. Compensi non dovuti. Circostanza attenuante art. 62 c.p. n. 4. Non ricorre*, in *Prob. secur. soc.*, 1967, 1013 ss.
- Id., *Medico di libera scelta: è pubblico ufficiale. Offerta reale: unico mezzo legale di estinzione di obbligazione con prestazione non accettata. Reato continuato: l'accertamento della sussistenza di circostanze aggravanti ed attenuanti è riferito alle singole quantità dei vari reati componenti quello continuato*, in *Probl. secur. soc.*, 1971, 215 ss.
- Rubiola E., *Sull'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione*, in *Giur. it.*, 1981, II, 239 ss.
- Ruga Riva C., *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 234 ss.
- Id., *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'illegalità diffusa*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 131 ss.
- Ruggiero C., *Attenuanti generiche e misura della pena (attenuanti generiche, massimo della pena)*, in *Daunia giudiz.*, 1964, II.
- Id., *Le circostanze attenuanti generiche*, in *Corte di Assise*, 1949, 245 ss.
- Russo I., *Nuova causa di non punibilità: l'esaurimento della pena. (Continuazione e recidiva)*, in *Riv. pen.*, 1997, 395 ss.
- Russo V., *La confessione dell'imputato quale attenuante comune*, in *Riv. pen.*, 1965, I, 28 ss.
- Sabatini G., *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, II, 1952, 443 ss.
- Id., *Il concetto di circostanza putativa nella valutazione delle aggravanti ed attenuanti del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 359 ss.
- Id., *Il concorso di aggravanti speciali nel furto*, in *Giust. pen.*, 1952, II, 908 ss.
- Id., *Istituzioni di diritto penale, Parte generale*, vol. I, Catania, 1946.
- Id., *La scienza della gravidanza nelle lesioni da cui derivi l'aborto o l'acceleramento del parto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1913, I, 494 ss.
- Id., *La scienza delle aggravanti del furto nel ricettatore*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1914, II, 280 ss.
- Id., *Se la premeditazione sia conciliabile con la provocazione e con i motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Foro it.*, 1934, II, 337 ss.
- Saltelli C., Romano Di Falco E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Milano, vol. I, 1940, 389 ss.
- Salvatore I., *Aggravante del metodo mafioso e motivi abietti o futili: i due istituti sono tra loro compatibili, purché il giudice dia conto adeguatamente degli elementi idonei a differenziare le fattispecie nel caso concreto*, in *Strumentario Avvocati. Rivista di diritto e procedura penale*, 2010, 46 ss.
- Salvini G., *Un primo bilancio della legge sui terroristi pentiti fra importanza e difficoltà della sua applicazione*, in *Cass. pen.*, 1983, 1257 ss.
- Santalucia B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989, 112 ss.
- Santoro A., *Ancora sull'aggravante del nesso teleologico ed il reato-fine senza querela*, in *Scuola positiva*, 1967, 297 ss.
- Id., *Ancora sulla provocazione*, in *Scuola positiva*, 1966, 276 ss.

- Id., voce *Circostanze del reato*. (*Diritto penale comune*), in *Noviss dig. it.*, III, Torino, 1959, 264 ss.
- Id., *Circostanze, fatto e antigiuridicità nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, 1933, vol. III, 340 ss.
- Id., *Fondamenti dell'esecuzione penale*, Roma, 1931, 100 ss.
- Id., *Giudizio di comparazione di circostanze aggravanti ed attenuanti in primo grado ed in appello*, in *Scuola positiva*, 1965, 659 ss.
- Id., *I «casi più gravi» nell'emissione di assegni bancari irregolari*, in *Scuola positiva*, 1971, 399 ss.
- Id., *I criteri del giudizio di comparazione nel concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti*, in *Scuola positiva*, 1971, 262 ss.
- Id., *Il concetto delle circostanze di reato*, in *Scritti in onore di U. Conti*, Città di Castello, 1932, 223 ss.
- Id., *In tema di comunicabilità delle circostanze del reato*, in *Giust. pen.*, 1935, II, 851 ss.
- Id., *L'aggravante teleologica ed il reato fine perseguibile a querela*, in *Scuola positiva*, 1966, 608 ss.
- Id., *La circostanza attenuante del risarcimento dei danni e la solidarietà dell'obbligazione di più persone*, in *Riv. circ. trasp.*, 1966, 225 ss.
- Id., *La presunzione di conoscenza delle aggravanti del delitto principale nella ricettazione*, in *Scuola positiva*, 1914, 557 ss.
- Id., *La provocazione dell'«aberratio ictus»*, in *Scuola positiva*, 1972, 404 ss.
- Id., *Le circostanze del reato*, Torino, 1952.
- Id., *Manuale di dir. pen.*, vol. I, 1958, 466 ss.
- Id., *Recensione a: "Contento G., Introduzione allo studio delle circostanze, 1963"*, in *Scuola positiva*, 1965, 683 ss.
- Id., *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, in *Scuola positiva*, 1938, 341 ss.
- Id., *Provocazione e reazione irrosa*, in *Scuola positiva*, 1964, 672 ss.
- Id., *Rilievi critico-costruttivi sulla circostanza attenuante della suggestione di folla tumultuante*, in *Giust. pen.*, 1962, II, 545 ss.
- Id., *Risarcimento dei danni e solidarietà*, in *Scuola positiva*, 1967, 104 ss.
- Id., *Sulla circostanza attenuante del concorso causale della vittima del reato*, in *Scuola positiva*, 1962, 708 ss.
- Id., *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933.
- Santucci G., *Valutazione algebrica delle attenuanti generiche*, in *Giurisprudenza completa Cassazione penale*, 1949, I, 508 ss.
- Id., *E' proprio necessario motivare la richiesta delle attenuanti generiche?*, in *Giurisprudenza completa Cassazione penale*, 1950, I, 280 ss.
- Saraceni L., *L'acconto sul risarcimento del danno ai sensi dell'art. 24 legge 1990 del 1969 nella fase delle indagini preliminari e nel caso di «patteggiamento»*, in *Cass. pen.*, 1993, 203 ss.
- Saturnino R., *Il giudizio di comparazione delle circostanze dopo la L. 6 febbraio 1980, n. 15*, in *Foro nap.*, 1981, III, 91 ss.
- Selvaggi E., *Sulla natura della diminuzione conseguente al giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 439 ss.
- Scalfati A., *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, in *Guida dir.*, 2006.
- Scalia E., *Le modifiche in materia di tutela dei minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1207 ss.
- Scarcella A., *Attenuante del risarcimento del danno ed estensibilità condizionata al comparsa*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 73 ss.
- Id., *L'attenuante della "dissociazione attuosa" per i reati di mafia sfugge al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee*, in *Cass. pen.*, 2010, 3761 ss.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Schiaffo F., *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione della struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- Semerari A., *Circostanze. Attenuanti comuni. Provocazione. Immediatezza della reazione. Non è necessaria*, in *Zacchia*, 1966, 363 ss.
- Id., *Reato. Elemento psicologico. Omicidio volontario. Premeditazione. Nozione. Elemento cronologico. Apprezzamento*, in *Zacchia*, 1969, 438 ss.
- Seminara S., *Numero di partecipi nel concorso di persone nel reato e attenuante ex art. 114, comma 1°, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1419 ss.
- Schiappoli D., *Diritto penale canonico*, in *Enc. dir. pen. it.*, a cura di E. Pessina, vol. I, Milano, 1905, 613 ss.
- Sigismondi A., *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 62 n. 6, I parte, prima ipotesi cod. pen.*, in *Giur. cost.*, 1964, 1121 ss.
- Id., *Reati dolosi e colposi e reati della stessa indole*, in *Scuola positiva*, 1970, 170 ss.
- Siracusano D., *In tema di discrezionalità, nell'applicazione della pena. Appunti sulla motivazione nell'applicazione della pena*, in *Foro it.*, 1957, 368 ss.
- Id., *Le circostanze aggravanti e l'accertamento del fatto*, in *Studi Zingali*, II, 603 ss.
- Siracusano F., *La clandestinità "condizione" della circostanza aggravante e "condotta" del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, 2925 ss.
- Siracusano P., *Reazione ad atto di pubblico ufficiale ed arbitrarietà putativa*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1973, 935 ss.
- Sirena P. A., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, 383 ss.
- Smith, Hogan, *Criminal law: cases and materials*, London, 1975, 194 ss.
- Spagnolo G., *Gli elementi soggettivi della struttura delle scriminanti*, Padova, 1981.
- Spangher G., *Il giudizio di comparazione tra le circostanze ed i poteri d'ufficio del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 1992, 2387 ss.
- Id., *Impugnazioni. «Recidiva specifica infraquinquennale»: nessun termine nel giudizio di rinvio per il riesame*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 988 ss.
- Spasari M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.
- Spena A., *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 639 ss.
- Spizuoco R., *L'art. 152 nel giudizio d'appello e il riesame del giudizio di comparazione illegale tra le circostanze*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 90 ss.
- Id., *La circostanza dell'art. 62 n. 4 e l'applicazione dell'amnistia nel giudizio di cassazione (art. 1 ult. capv. D.p. 4 giugno 1966 n. 332)*, in *Giust. pen.*, 1967, II, 851 ss.
- Squeo L., *Il bilanciamento delle circostanze*, in *Arch. pen.*, 1997, 104 ss.
- Stile A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-77, 275 ss.
- Id., *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971.
- Id., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in *Studi Vassalli*, I, 1991, 287 ss.
- Id., *Giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze a carico di diversi concorrenti*, in *Arch. pen.*, 1972, II, 555 ss.
- Id., *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in *Giur. merito*, 1975, II, 290 ss.
- Id., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di giudizio di prevalenza o equivalenza tra le circostanze*, in *Arch. pen.*, 1967, II, 94 ss.
- Sturla M. T., *Rapporti tra chiamata di correo e art. 4 legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Atti conv. dir. premiale (Como 1981)*, Milano, 1982, 269 ss.

- Suriano S., *Applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 6, 1° ipotesi, c.p. all'imputato di delitto colposo connesso con la circolazione stradale quando il risarcimento del danno sia stato effettuato non dall'imputato, ma dall'Ente assicuratore del veicolo da lui condotto*, in *Riv. polizia loc.*, 1991, 611 ss.
- Tagliarini F., *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola positiva*, 1968, 133 ss.
- Id., *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, 1979.
- Id., *Il risarcimento del danno da reato*, in *Ind. pen.*, 1973, 475 ss.
- Talassano M., *Se nel determinare la pena agli effetti dell'amnistia debba tenersi conto delle circostanze aggravanti e diminuenti*, in *Sinossi*, 1933, (fasc. 507), 6 ss.
- Tampieri L., *La dissociazione del concorrente nella sentenza costituzionale n. 143 del 1984: al confine tra interpretazione e politica criminale*, in *Giur. cost.*, 1985, I, 364 ss.
- Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.
- Tesauro A., *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 3358 ss.
- Tigano F., *In margine al problema della recidiva*, in *Riv. pen.*, 1966, I, 571 ss.
- Tonini P., *Brevi note sull'attenuante della collaborazione con la giustizia penale*, in *Atti conv. dir. premiale* (Como 1981), Milano, 1982, 265 ss.
- Tranquillo C., *L'incerto regime applicativo della recidiva e gli spazi di discrezionalità del giudice*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 286 ss.
- Trapan M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 1992.
- Trapasso M. T., *Il ruolo fondamentale dei "coefficienti soggettivi" nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3833 ss.
- Trasimeni R., *Le circostanze attenuanti generiche*, in *Foro it.*, 1950, 15 ss, 129 ss.
- Tricoli G., *Assicurazione e attenuante del risarcimento del danno*, in *Assicuraz.*, 1991, II, 2 ss.
- Truzzi M., *Giudizio di comparazione delle circostanze*, in *Giust. pen.*, 1965, III, 295 ss.
- Tumminello L., *Ancora sui limiti del criterio letterale nell'interpretazione della legge penale: le Sezioni unite "contestualizzano" l'inapplicabilità dell'aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi ai delitti "punibili" con pena diversa dall'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 2010, 1417 ss.
- Id., *Il volto del reo*, Milano, 2010.
- Tuozi P., *Corso di diritto penale, secondo il vigente Codice d'Italia*, vol. I, Napoli, 1899.
- Turi G., *Attenuanti generiche e seminfermità di mente*, in *Riv. pen.*, 1950, II, 495 ss.
- Vacca G. M., *Concorrenza di circostanze ai fini dell'aggravamento della pena*, in *Nuovo dir.*, 1952, 356 ss.
- Id., *Considerazioni sul concorso di circostanze aggravanti*, in *Pensiero giuridico penale*, 1934, 153 ss.
- Valignani V., *Sui limiti di efficacia dell'art. 69 c.p. alla luce del d.l. 11 aprile 1974, n. 99*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1112 ss.
- Vallini A., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, Torino, 2000, 36 ss.
- Id., *Circostanze del reato*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C. E. Paliero, vol. II, *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, 1 ss.
- Vannini O., *La "persona offesa dal reato" e la diminvente dell'art. 62 n. 5 del codice penale*, in *Riv. pen.*, 1938, 389 ss.
- Id., *Lineamenti di diritto penale*, Firenze, 1932.
- Id., *In materia di circostanze attenuanti*, in *Arch. pen.*, 1945, I, 481 ss.
- Id., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1954.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Vassalli G., *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3 ss.
- Id., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, 609 ss.
- Id., *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA. VV., *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari. Conferenze*, II, Milano, 1958, 727 ss.
- Id., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975.
- Id., *La riforma del Codice penale italiano*, in *Giust. pen.*, 1972, I, 513 ss.
- Id., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge Merlin"*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Milano, 1965, 349 ss.
- Id., *Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 407 ss.
- Id., *Sull'aggravante speciale dei delitti di falsità in scrittura privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1019 ss.
- Id., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 536 ss.
- Vassallo M., *La nuova disciplina delle circostanze aggravanti: un passo ulteriore verso la piena attuazione del principio costituzionale della responsabilità penale personale*, in *La difesa penale*, 1990, 70 ss.
- Velotti G., *In tema di attenuanti generiche*, in *Giurisprudenza completa Cassazione penale*, 1948, II, 23 ss.
- Venafro E., *Delle circostanze del reato*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 1997, 313.
- Id., *Le circostanze comuni di natura patrimoniale (artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p.: gli aspetti maggiormente problematici)*, in *Studium Iuris*, 2001, 1266 ss.
- Id., *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1107 ss.
- Verrina G., *Il concetto di attentato nell'art. 21 l. 18 aprile 1975 n. 110 e la circostanza attenuante di cui all'art. 4 l. 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Giur. merito*, 1983, 479 ss.
- Id., *L'aggravante teleologica nel caso di reato di lesioni lievissime e di tentato ratto violento*, in *Giur. merito*, 1876, 670 ss.
- Vessicchielli A., *Sulla rilevanza della diminuzione di pena per il giudizio abbreviato ai fini della prescrizione*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 435 ss.
- Vettori G., *Note sull'applicazione dell'attenuante prevista dall'art. 62, n. 6 c.p. in favore dell'imputato nel caso in cui il danno sia stato risarcito dalla sua società assicuratrice*, in *Resp. civ.*, 1976, 651 ss.
- Vicoli D., *Con la circostanza aggravante della clandestinità, cade anche il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione*, in *Giur. costituzionale*, 2010, 3985 ss.
- Viganò F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, 3017 ss.
- Id., *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione*, Milano, 2000.
- Vignale L., *Attenuante della provocazione e reati militari*, in *Legisl. pen.*, 1984, 611 ss.
- Id., *Dissociazione del sequestratore, numero dei concorrenti e attenuante della minima partecipazione al vaglio della legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1409 ss.
- Id., *Un'interessante sentenza costituzionale in tema di sequestro estorsivo, minima partecipazione e numero dei concorrenti*, in *Legisl. pen.*, 1984, 590 ss.
- Vignoli F., *Spunti critici ricostruttivi dell'aggravante della finalità di eversione dell'ordinamento costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 999 ss.
- Vincenti R., *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, 531 ss.
- Vinciguerra S., *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, Padova, 1993, 231 ss. e 319 ss.

- Violetti U., *Sul concorso di più circostanze alternativamente previste nel medesimo capoverso, numero o disposizione*, in *Riv. pen.*, 1936, 644 ss.
- Vistoso B., *Natura e limiti della responsabilità in ordine alle circostanze aggravanti del reato*, in *Nuovo dir.*, 1935, 188 ss.
- Volta M., *Applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 del codice penale ai cosiddetti «delitti d'onore»*, in *Riv. pen.*, 1989, 958 ss.
- Werle, Jessberger, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 733 ss.
- Whale, *Zur strafrechtlichen Problematik besonders schieren Fälle, erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht*, in *GA*, 1969, 61 ss.
- Id., *Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälleim Strafrecht*, Heidelberg, 1966.
- Wilson, *Criminal Law*, London, New York, 1998, 374 ss.
- Zagnoni P., «Desistenza volontaria» e riparazione del danno non patrimoniale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1294 ss.
- Id., *Osservazioni a Cass. pen. 10/3/82*, in *Resp. civ.*, 1983, 476 ss.
- Zagrebel'sky V., *Aborto. Donna consenziente. Attenuante del risarcimento del danno. Inapplicabilità tra correi*, in *Cass. pen.*, 1967, 211 ss.
- Id., *Atti di libidine violenti. Attenuante della riparazione del danno. Offerta di indennizzo. Mancata accettazione. Indagine del giudice sui motivi. Estremi*, in *Cass. pen.*, 1970, 1286 ss.
- Id., *Circostanze del reato. Attenuante della riparazione del danno. Risarcimento effettuato mediante trattenuta periodica sullo stipendio. Applicabilità dell'attenuante. Condizioni*, in *Cass. pen.*, 1969, 449 ss.
- Id., *Danno da riparare, entità della riparazione e applicabilità dell'attenuante dell'articolo 62 n. 6 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 555 ss.
- Id., *Furto. Attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità. Valutazione. Riferimento all'atto della consumazione*, in *Cass. pen.*, 1970, 400 ss.
- Id., *I delitti che comunque offendono il patrimonio negli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1130 ss.
- Id., *Osservazioni sul danno patrimoniale di cui all'art. 219 l. fallim. e sulla sua valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 798 ss.
- Id., *Reato continuato. Attenuante della riparazione del danno. Persona offesa da una delle violazioni meno gravi. Danno non risarcito. Inapplicabilità dell'attenuante*, in *Cass. pen.*, 1967, 1275 ss.
- Id., *Relazione conclusiva*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 9 ss.
- Id., *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno ai fini delle circostanze di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 965 ss.
- Zancan V., *Violazione delle leggi finanziarie. Attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità. Reati di evasione fiscale. Inapplicabilità dell'attenuante. Fattispecie in tema di oli minerali*, in *Cass. pen.*, 1967, 1217 ss.
- Zanotti R., *Circostanze ad effetto speciale e reati commessi prima della l. 31 luglio 1984 n. 400*, in *Giur. merito*, 1988, II, 1071 ss.
- Zappalà E., *L'aggravante della connessione teleologica e il concorso di reati commessi mediante violenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 532 ss.
- Zaulli F., *Guida sotto l'influenza dell'alcool: la l. 29.7.2010 n. 120 riscrive l'art. 186 c. str.*, in *La responsabilità civile*, 2011, fasc. 2, 135 ss.
- Zara C., *Le circostanze del reato*, Padova, 2008
- Zazà C., *Le circostanze del reato, I. Elementi generali e circostanze comuni*, Padova, 2002.

Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma

- Zeppieri L., *Questioni sulla premeditazione*, in *Riv. pen.*, 1933, 580 ss.
- Id., *La conciliabilità della premeditazione con la provocazione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1934, 995 ss.
- Zecchino O., *Il dubbio sull'attenuante della speciale tenuità del danno*, in *Giur. merito*, 1970, II, 421 ss.
- Zerboglio P., *Appunti intorno ad una teoria delle circostanze e al potere discrezionale del giudice*, in *Riv. pen.*, 1943, 341 ss.
- Zerboglio A., *La premeditazione nel sistema del nuovo codice penale*, in *Il nuovo dir.*, 1933, 185 ss.
- Zingales D., *L'aggravante della transnazionalità nel delitto di associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 2011, 980 ss.
- Zinni F., *La recidiva e la prescrizione*, in *Riv. pen.*, 1971, I, 513 ss.
- Zini R., *Rilievi sulla premeditazione condizionata*, in *Scuola positiva*, 1966, 611 ss.
- Zuccalà G., *Delle circostanze del reato. Nota introduttiva*, in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova, 1992, 188 ss.
- Id., *Commento agli artt. 59-60 c.p.* in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova, 1992, 201 ss.
- Id., *Sub art. 69*, in *Commentario breve al Codice Penale*, A. Crespi, F. Forti, G. Zuccalà, Padova, 2008, 236 ss.

PREMIO TESI DI DOTTORATO

ANNO 2007

- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*
Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*
Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*
Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*
Petretto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*

ANNO 2008

- Bemporad F., *Folding and Aggregation Studies in the Acylphosphatase-Like Family*
Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case Herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*
Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*
Colica G., *Use of Microorganisms in the Removal of Pollutants from the Wastewater*
Gabbiani C., *Proteins as Possible Targets for Antitumor Metal Complexes: Biophysical Studies of their Interactions*

ANNO 2009

- Decorosi F., *Studio di ceppi batterici per il biorisanamento di suoli contaminati da Cr(VI)*
Di Carlo P., *I Kalasha del Hindu Kush: ricerche linguistiche e antropologiche*
Di Patti F., *Finite-Size Effects in Stochastic Models of Population Dynamics: Applications to Biomedicine and Biology*
Inzitari M., *Determinants of Mobility Disability in Older Adults: Evidence from Population-Based Epidemiologic Studies*
Macrì F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*
Pace R., *Identità e diritti delle donne. Per una cittadinanza di genere nella formazione*
Vignolini S., *Sub-Wavelength Probing and Modification of Complex Photonic Structures*

ANNO 2010

- Fedi M., *«Tuo lumine». L'accademia dei Risvegliati e lo spettacolo a Pistoia tra Sei e Settecento*
Fondi M., *Bioinformatics of genome evolution: from ancestral to modern metabolism. Phylogenomics and comparative genomics to understand microbial evolution*
Marino E., *An Integrated Nonlinear Wind-Waves Model for Offshore Wind Turbines*
Orsi V., *Crisi e Rigenerazione nella valle dell'Alto Khabur (Siria). La produzione ceramica nel passaggio dal Bronzo Antico al Bronzo Medio*
Polito C., *Molecular imaging in Parkinson's disease*
Romano R., *Smart Skin Envelope. Integrazione architettonica di tecnologie dinamiche e innovative per il risparmio energetico*

ANNO 2011

- Acciaioli S., *Il trompe-l'œil letterario, ovvero il sorriso ironico nell'opera di Wilhelm Hauff*
Bernacchioni C., *Sfingolipidi bioattivi e loro ruolo nell'azione biologica di fattori di crescita e citochine*
Fabbri N., *Bragg spectroscopy of quantum gases: Exploring physics in one dimension*
Gordillo Hervás R., *La construcción religiosa de la Hélade imperial: El Panhelenion*
Mugelli C., *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*
Pollastri S., *Il ruolo di TAF12B e UVR3 nel ciclo circadiano dei vegetali*
Salizzoni E., *Paesaggi Protetti. Laboratori di sperimentazione per il paesaggio costiero euro-mediterraneo*

ANNO 2012

- Adessi A., *Hydrogen production using Purple Non-Sulfur Bacteria (PNSB) cultivated under natural or artificial light conditions with synthetic or fermentation derived substrates*
- Alberti M., *La 'scoperta' dei disoccupati. Alle origini dell'indagine statistica sulla disoccupazione nell'Italia liberale (1893-1915)*
- Bondi D., *Filosofia e storiografia nel dibattito anglo-americano sulla svolta linguistica*
- Evangelisti E., *Structural and functional aspects of membranes: the involvement of lipid rafts in Alzheimer's disease pathogenesis. The interplay between protein oligomers and plasma membrane physicochemical features in determining cytotoxicity*
- Gualdani R., *Using the Patch-Clamp technique to shed light on ion channels structure, function and pharmacology*
- Petrucci F., *Petri Candidi Decembrii Epistolarum iuveniliium libri octo. A cura di Federico Petrucci*
- Ramalli A., *Development of novel ultrasound techniques for imaging and elastography. From simulation to real-time implementation*

ANNO 2013

- Bacci M., *Coarse-grained molecular dynamics and continuum models for the transport of protein molecules*
- Brancasi I., *Architettura e Illuminismo. Filosofia e progetti di città nel tardo Settecento francese*
- Cucinotta E., *Produzione poetica e storia nella prassi e nella teoria greca di età classica*
- Locatelli M., *Mid infrared digital holography and terahertz imaging*
- Lunghi C., *Early cross-modal interactions and adult human visual cortical plasticity revealed by binocular rivalry*
- Martelli R., *Characteristics of raw and cooked fillets in species of actual and potential interest for Italian aquaculture. Rainbow trout (*Oncorhynchus mykiss*) and meagre (*Argyrosomus regius*)*
- Muniz Miranda F., *Modelling of spectroscopic and structural properties using molecular dynamics*
- Pellegrini L., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*

