

Cassazione penale

direttore scientifico **Giorgio Lattanzi**
vice direttori **Domenico Carcano**
Mario D'Andria

XLVII - luglio-agosto 2007, n° 07-08

7/8

20
07

| estratto

CIRCOSTANZE ED ELEMENTI
ESSENZIALI DEL REATO: IL DIFFICILE
DISTINGUO SI RIPROPONE PER IL
FURTO IN ABITAZIONE

di Giuseppe Amarelli



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
MILANO

781 LA NUOVA FATTISPECIE DEL FURTO IN ABITAZIONE

SEZ. IV - UD. 19 SETTEMBRE 2006 (DEP. 4 NOVEMBRE 2006), N. 36606 - PRES. DE GRAZIA - REL. MARZANO - PM. GALASSO (CONCL. CONF.) - SIDARI (235022)

Furto - Furto in abitazione e furto con strappo - Nuova formulazione ad opera della l. n. 128 del 2001 - Figura autonoma di reato rispetto a quella di furto semplice - Sussistenza.
(C.P., ARTT. 624, 624-BIS, 625 N. 1; L. 26 MARZO 2001, N. 128, ART. 2)

Il delitto previsto dall'art. 624-bis c.p. (furto in abitazione o con strappo) costituisce figura autonoma di reato rispetto a quella di furto semplice di cui all'art. 624 stesso codice e non ipotesi aggravata di quest'ultimo. (Fattispecie concernente il furto di un'autovettura avvenuto nel cortile adiacente l'abitazione del proprietario di essa, in relazione alla quale la Corte ha ritenuto non corretto il giudizio di comparazione delle attenuanti generiche concesse al colpevole con la ritenuta circostanza aggravante del furto in abitazione, annullando la sentenza impugnata limitatamente al solo trattamento sanzionatorio).

(Omissis) 1. Il 5 novembre 2002 il Tribunale di Asti, in composizione monocratica, condannava Sergio Sidari, riconoscutegli le attenuanti generiche prevalenti sulla ritenuta aggravante contestata, a pena ritenuta di giustizia per imputazione di cui all'art. 624-bis c.p. Addebitandosi all'imputato di essersi impossessato di un'autovettura sottraendola a Domenico Spagnolo, che la deteneva «nel cortile adiacente l'abitazione della medesima persona offesa», riteneva il giudice che, «circa la natura di circostanza aggravante o reato autonomo della fattispecie di cui all'art. 624-bis c.p. ..., la stessa debba essere valutata alla stregua di circostanza aggravante», donde il suindicato giudizio di comparazione con le attenuanti generiche.

2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Asti, denunciando il vizio di violazione di legge. Deduce che illegittimamente la sentenza impugnata aveva ritenuto che il delitto di cui all'art. 624-bis c.p. costituisse ipotesi aggravata della fattispecie di cui all'art. 624 c.p., anziché ipotesi autonoma di reato.

3. Il ricorso è fondato.

Per come, difatti, da ultimo chiarito da questa suprema Corte (Sez. IV, n. 9126/05, che ha richiamato anche l'ordinanza della C. cost. n. 137 del 2003), la abrogazione dell'art. 625, n. 1, c.p. e la contestuale previsione della fattispecie di reato, non aggravata, di furto in appartamento, di cui all'art. 624-bis, è stata determinata proprio dalla maggiore gravità del fatto e dal maggiore allarme sociale suscitato dallo stesso, con la conseguente esigenza di escludere, sul piano sanzionatorio, la comparazione tra la preesistente circostanza aggravante ed eventuali circostanze attenuanti, sicché deve riconoscersi che la nuova previsione normativa costituisce fattispecie autonoma di reato rispetto a quella disciplinata dall'art. 624 c.p.

4. La sentenza impugnata, incidendo la espressa statuizione sulla determinazione della pena, va, dunque, annullata, limitatamente al trattamento sanzionatorio, come determinato dal giudice del merito ex art. 69 c.p., con rinvio per nuovo esame al riguardo alla Corte di appello di Torino, trattandosi di ricorso immediato, ai sensi dell'art. 569, comma 4, c.p.p.

CIRCOSTANZE ED ELEMENTI ESSENZIALI DEL REATO: IL DIFFICILE DISTINGUO SI RIPROPONE PER IL FURTO IN ABITAZIONE

La decisione della suprema Corte di qualificare la nuova fattispecie di furto in abitazione di cui all'art. 624-bis c.p. titolo autonomo di reato e non mera circostanza riporta in auge l'annoso (e tutt'altro che astratto) problema della distinzione tra elementi essenziali ed accidentali del reato. Il percorso motivazionale seguito in tale occasione evidenzia, una volta di più, la relatività di tutti i criteri discretivi sinora elaborati, compreso quello (apparentemente chiarificatore) delle Sezioni unite del 2002. Se, dunque, la soluzione dei «casi dubbi» continua ad essere rimessa alla discrezionale valutazione del singolo interprete, l'unica via percorribile per porre fine ad ogni incertezza è quella legislativa. Più precisamente, in una prospettiva *de iure condendo*, la questione può essere risolta in due modi: o tramite l'introduzione di una norma di parte generale volta a stabilire che sono circostanze solo quelle espressamente denominate come tali; o tramite la scelta più radicale della eliminazione delle circostanze.

Sommario 1. Premessa. — 2. Un passo indietro: le origini del problema della distinzione tra circostanze ed elementi essenziali del reato. — 3. Le molteplici implicazioni pratiche derivanti dalla sua soluzione. — 4. I criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per risolverlo. — 4.1. I criteri formali. — 4.2. I criteri logico-sostanziali o strutturali. — 4.3. Il criterio apparentemente risolutivo della «modalità di descrizione della fattispecie» adottato dalle Sezioni unite. — 5. Il persistere del problema. — 6. Il riproporsi delle incertezze dopo l'introduzione dell'art. 624-bis c.p.: la Corte cambia nuovamente criterio. — 7. Le soluzioni prospettate *de iure condendo* dal Progetto Grosso e dal Progetto Nordio. — 8. La soluzione drastica: l'eliminazione delle circostanze. — 8.1. (Segue). Le ragioni che militano a favore di tale soluzione.

1. PREMESSA

L'annosa e controversa questione sulla distinzione tra fattispecie autonome e fattispecie circostanziate ⁽¹⁾ in assenza di una formale ed univoca indicazione legislativa sembrava essere stata definitivamente superata nel 2002, quando una chiarificatrice pronuncia delle Sezioni unite penali della suprema Corte avente ad oggetto il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-bis c.p., nel riconoscere a quest'ultimo la natura circostanziale, aveva finalmente selezionato (tra i tanti) un criterio attendibile per decifrarla ⁽²⁾.

di
Giuseppe
Amarelli

⁽¹⁾ Per una ricostruzione dei termini della questione, si rinvia, per tutti, ai contributi di M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma e figura circostanziata*, in Riv. it. dir. pen., 1949, p. 560 ss.; CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi costitutivi*, in Arch. pen., 1974, I, p. 345 ss.; CADOPPI, *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi al vaglio di un caso concreto*, in Giur. merito, 1985, p. 657 ss.; MAIELLO, *Interpretazioni "discrezionali" nell'applicazione della l. 689/81. Sono depenalizzati i reati di cui all'art. 171, parte prima l. 22 aprile 1941 sulla tutela del diritto d'autore*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1985, p. 876 ss., spec. 884 ss.; GUERRINI,

Elementi costitutivi e circostanze del reato, Giuffrè, 1988; nonché ai lavori indicati nella nota n. 2 che segue.

⁽²⁾ Il riferimento è alla nota sentenza delle Sezioni unite, 10 luglio 2002, Fed, pubblicata in Dir. pen. proc., 2003, p. 295 ss. (nonché, in Dir. e giust., 2002, n. 38, p. 23 ss.), con la quale sono stati risolti i contrasti giurisprudenziali (ed i dubbi della dottrina) emersi dopo l'introduzione nel codice penale con la l. 19 marzo del 1990, n. 55, dell'art. 640-bis c.p. in merito alla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. Sui passaggi salienti di questa pronuncia si tornerà diffusa-

La sentenza ora in commento rivela, invece, il valore meramente relativo ed illusorio di tale (almeno in apparenza) pacifica acquisizione ⁽³⁾ e dimostra, al contrario, che nei casi di silenzio del legislatore sul punto la differenziazione tra elementi essenziali ed elementi accidentali di un reato è ancora oggi operazione tutt'altro che agevole, foriera, altresì, di notevoli incertezze e disomogeneità ermeneutiche nelle decisioni giurisprudenziali tanto delle corti di merito, quanto di quelle di legittimità.

Con tale pronuncia, infatti, la suprema Corte è intervenuta (peraltro per la seconda volta nel giro di pochi mesi ⁽⁴⁾) per dirimere i contrasti interpretativi sorti nel giudizio di merito riguardo alla qualifica giuridica (autonoma norma incriminatrice o mera circostanza aggravante speciale) da assegnare alla nuova ipotesi di furto in abitazione introdotta dall'art. 2, comma 2 della l. 26 marzo 2001, n. 128, nell'art. 624-bis, comma 1, c.p.

Nel caso di specie, più precisamente, il Tribunale di Asti in composizione monocratica, con decisione del 5 novembre 2002, aveva attribuito all'art. 624-bis c.p. la natura di mera circostanza aggravante speciale del delitto di furto e, muovendo da tale pregiudiziale constatazione, non solo lo aveva logicamente computato nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, quand'anche, all'esito di questa valutazione discrezionale-comparativa, lo aveva reputato soccombente rispetto all'altra circostanza eterogenea riconosciuta sussistente, le attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p.

Avverso questa sentenza aveva proposto ricorso il Procuratore della Repubblica presso il medesimo foro astigiano per violazione di legge, denunciando, in primo luogo, la erroneità della qualifica circostanziale ancora conferita dal giudice di prime cure – nonostante l'abrogazione della precedente disciplina contenuta nell'art. 625, comma 1, n. 1, c.p. – al novellato furto in abitazione di cui all'art. 624-bis c.p. ed, in secondo luogo, l'irragionevole attrazione dello stesso nel giudizio di bilanciamento ai fini della commisurazione della pena da irrogare.

mente nel prosieguo del presente lavoro, per approfondimenti sullo specifico problema della truffa aggravata ex art. 640-bis c.p. e sui contrapposti orientamenti formati in dottrina e giurisprudenza, si rinvia a ARIOLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in questa rivista, 2002, p. 3378 ss.; PEZZELLA, *Truffa sul conseguimento di erogazioni pubbliche: attenti alla prescrizione*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 38, p. 31 ss.; BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 302 ss.; FABBRO, *Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?*, in questa rivista, 2003, p. 2322 ss.; TERRACINA, *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il ruolo del bene giuridico nelle fattispecie di reato*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 667 ss.; CRIGARI, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *La giurisprudenza delle Sezioni unite della*

Corte di cassazione. Diritto penale, a cura di Palazzo, Cedam, 2005, p. 212 ss. Da ultimo, si veda la attenta disamina svolta in argomento da BASILE, *Art. 59 sub B)*, in *Codice penale commentato*, a cura di Mannucci-Dolcini, II^a ed., Ipsoa, 2006, p. 763 ss.

⁽³⁾ Peraltro, le indicazioni fornite in materia dalla sentenza delle Sezioni unite erano già state disattese dalla stessa Corte di cassazione appena un anno dopo, quando nel 2003 si era pronunciata sulla natura giuridica del delitto di violenza sessuale di gruppo introdotto dalla l. n. 66 del 1996, all'art. 609-octies c.p. (sul punto si tornerà più approfonditamente nel § 5).

⁽⁴⁾ Identica questione in merito alla natura giuridica della nuova fattispecie di furto in abitazione di cui all'art. 624-bis c.p. è stata, difatti, affrontata da Sez. V, 27 aprile 2006, n. 14512, S.M., in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 978 s. A favore della natura circostanziale si era pronunciato il Tribunale di Livorno con sentenza, 6 maggio 2003, in *Foro toscano*, 2003, con nota di Mannucci, p. 242 ss.

I Giudici di legittimità, aditi per diradare le nuove incertezze interpretative addensatesi sull'argomento e per porre fine ai contrasti giurisprudenziali riacutizzatisi nelle decisioni di merito con riguardo, questa volta, al furto in abitazione ⁽⁵⁾, hanno risolto la questione sposando la (peraltro condivisibile) soluzione prospettata dal Procuratore di riconoscere al delitto di cui all'art. 624-bis c.p. la qualifica giuridica di «fattispecie autonoma di reato rispetto a quella disciplinata dall'art. 624 c.p.».

Tale decisione si segnala, però, agli occhi del penalista non tanto per la congruità o meno della risposta fornita al problema nel caso specifico oggetto del giudizio, quanto, piuttosto, per la implicita e, più generale, confutazione degli asserti contenuti nella già menzionata sentenza Fedì delle Sezioni unite.

A ben vedere, infatti, essa approda alla conclusione che il delitto di cui all'art. 624-bis c.p. integri una autonoma norma incriminatrice avvalendosi, anziché del criterio c.d. «delle modalità di descrizione della fattispecie» ⁽⁶⁾ individuato, appunto, dal massimo organo nomofilattico nel 2002, del diverso criterio della *ratio legis*.

Detto altrimenti: a destare interesse nella pronuncia in commento è soprattutto la indiretta ammissione – evincibile dalle poche righe della parte motiva – dell'impossibilità per la giurisprudenza (anche a Sezioni unite) di selezionare un unico criterio sostanziale di portata generale, capace di tracciare in maniera netta una linea di demarcazione tra una circostanza ed un elemento essenziale del reato; e ciò, si badi, non solo per la mancanza nel nostro ordinamento giuridico della regola dell'efficacia vincolante del precedente delle Corti superiori (la c.d. regola del *binding precedent* dei sistemi giuridici di marca anglosassone ⁽⁷⁾), ma anche, prima ancora, per la inesisten-

⁽⁵⁾ Sulle diverse tipologie di contrasti interpretativi ravvisabili nelle decisioni giurisprudenziali (orizzontali e verticali, ma anche diacronici e sincronici) e sugli effetti torsivi negativi che questi comportano sulla tenuta dei principi di certezza del diritto, di riserva di legge formale, di democraticità delle scelte di politica criminale e di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, si rinvia alla pregevole monografia di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, spec. p. 114 ss. In argomento cfr. AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Fianluca, Cedam, 1997; GIUFFRÈ, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Giuffrè, 2000, p. 63 ss.; FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Cedam, 2002, p. 33 ss.; AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Cedam, 2005; MAIELLO, *Una judge-made law italiana: l'affermata punibilità, ex artt. 110 e 416-bis c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, c. 682 ss.; MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a

cura di Picotti-Fornasari-Viganò-Melchionda, Cedam, 2005, p. 159 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, *ivi*, p. 281 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 151 ss.; FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 239 ss.; MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, *ivi*, p. 437 ss. Con particolare riferimento al diritto penale iberico, v. BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 961 ss.

⁽⁶⁾ Tale criterio – unitamente a tutti gli altri elaborati nel corso del tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza – verrà analizzato più dettagliatamente *infra* nel § 4.

⁽⁷⁾ Per approfondimenti sulle peculiari regole dei sistemi di *common law*, con particolare riguardo all'ordinamento britannico, si rinvia al sempre attuale lavoro di RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, (1958), trad. it. a cura di Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, 1962. In argomento, con specifico riferimento al diritto penale, cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Cedam, 2002.

za di alcuna differenza sul piano ontologico tra le due categorie di elementi degli *accidentalia* e degli *essentialia delicti*.

Prima, però, di addentrarci nella valutazione del percorso argomentativo ivi seguito e nell'apprezzamento della validità euristica del criterio discrezionale impiegato in tale occasione dalla Cassazione, può essere utile compiere qualche passo indietro e cercare di approfondire, preliminarmente, alcuni punti fondamentali. La chiarificazione di questi riteniamo possa agevolare anche la successiva spiegazione (e comprensione) delle ragioni che hanno indotto la suprema Corte a discostarsi dalla precedente pronuncia delle Sezioni unite.

A tale scopo, può essere, in primo luogo, interessante precisare l'ambito in cui, e le cause da cui, originano le difficoltà di discernimento per l'interprete tra un elemento circostanziale ed un elemento essenziale di un reato.

In secondo luogo, può risultare appropriato ai fini dell'economia del presente discorso verificare come la questione sulla natura giuridica di un elemento specializzante⁽⁵⁾ di una norma incriminatrice non solo sia ricca di significative implicazioni dottrinarie, ma sia anche feconda di numerose, e non meno importanti, ricadute pratico-applicative.

In terzo luogo, poi, può essere opportuno ricostruire, seppure in maniera estremamente sintetica dato il tenore di questo scritto, i molteplici (e mai fin in fondo appaganti) criteri elaborati nel corso del tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza per cercare di fissare un chiaro segno di confine tra circostanze ed elementi costitutivi del reato. Ovviamente, a tal proposito, un particolare risalto sarà dato alla decisione delle Sezioni unite del 2002.

Solo a questo punto, infine, reputiamo si possa passare ad analizzare la sentenza in commento e ad indicare – una volta constatato il persistere del problema – le possibili scelte politico-criminali alternative a disposizione del legislatore in una prospettiva *de iure condendo*: sia quella più agevole – potremmo dire di mera “razionalizzazione dell'esistente” – di inserimento nella parte generale di una previsione normativa recante l'indicazione di criteri formali per distinguere una fattispecie autonoma da una circostanziale, strada questa peraltro già intrapresa dall'ultimo Progetto di riforma del codice penale, il Progetto Nordio; sia quella decisamente più estrema e drastica della radicale eliminazione delle circostanze e della loro trasformazione o in fattispecie autonome (per le circostanze speciali ad effetto speciale) o in criteri intradittali di commisurazione della pena (per le circostanze comuni).

Ma procediamo con ordine ed iniziamo, come detto, dalla previa ricostruzione dell'ambito di incidenza e delle ragioni delle difficoltà interpretative esistenti in argomento.

2. UN PASSO INDIETRO: LE ORIGINI DEL PROBLEMA DELLA DISTINZIONE TRA CIRCOSTANZE ED ELEMENTI ESSENZIALI DEL REATO

Diversamente da quanto si possa credere, il problema della distinzione tra circostanze

⁽⁵⁾ In generale, sugli elementi specializzanti, v. G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, 1980,

spec. p. 45 ss.; FERRARA, *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 955 ss.

ed elementi essenziali del reato, o meglio, della individuazione di un soddisfacente ed univoco criterio discrezionale tra tali due categorie, ha origini relativamente recenti.

In passato, quando era ancora forte nei sistemi penali moderni l'impronta dell'insegnamento illuministico e le circostanze erano utilizzate nella diversa accezione di «criteri indefiniti di commisurazione intra-edittale della pena», la questione non si poneva proprio, essendo palmare la differente natura e funzione degli *accidentaliter delicti* rispetto agli *essentialiter* ⁽⁹⁾. Mentre questi ultimi attenevano, naturalmente, alla struttura del reato ed alla teoria generale del reato incidendo, essi soli, sulla determinazione legale della forbice edittale del precetto secondario, le circostanze, invece, afferrivano alla ben distinta area della commisurazione giudiziale della pena ed esplicavano una efficacia rigorosamente intra-edittale, rispondendo alla sola esigenza dell'adeguamento del trattamento sanzionatorio alle specificità del caso concreto ⁽¹⁰⁾.

Le incertezze in argomento sono poi affiorate in termini sostanzialmente analoghi a quelli oggi conosciuti ⁽¹¹⁾ nel momento in cui i compilatori del codice penale Rocco del 1930 hanno operato la scelta politico-criminale di elevare le circostanze al rango di elementi (sebbene solo eventuali) della struttura del reato, optando per la collocazione sistematica della loro disciplina nel titolo III del libro I della parte generale del codice, quello dedicato al reato, e per il conferimento ad esse di una funzione teoretica di rideterminazione legale (ed extra-edittale) della cornice sanzionatoria, soprattutto nel caso delle circostanze ad efficacia speciale autonome ed indipendenti ⁽¹²⁾.

È chiaro che una volta sottratte (almeno apparentemente ⁽¹³⁾) le circostanze all'area

⁽⁹⁾ La originaria natura illuministica delle circostanze quale criterio di commisurazione intra-edittale della pena è ben messa in evidenza da CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, 1975, p. 11 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1983, p. 17 ss.; MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000, p. 133 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Cedam, 2001, p. 414. Per approfondimenti sul tema della commisurazione giudiziale della pena si rinvia per tutti al fondamentale lavoro di DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, 1979.

⁽¹⁰⁾ Per una accurata ricostruzione storica e comparata dell'evoluzione dell'istituto delle circostanze del reato nei sistemi penali moderni, v. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 133 ss.

⁽¹¹⁾ Il dibattito, difatti, ha assunto toni più intensi dopo la prima significativa riforma della disciplina delle circostanze del 1974 con la quale, mediante la modifica dell'art. 69 c.p. che ha eliminato i limiti sino a quel momento esistenti, è stato consentito al giudice di coinvolgere nel giudizio di bilanciamento ogni tipo di circostanza, anche quelle ad efficacia speciale.

⁽¹²⁾ Sulle diverse funzioni, teoretica o pratica, attribuibili alle circostanze, si veda M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, III^a ed., Giuffrè, 2004, p. 632; PREZIOSI, *La fattispecie qualifica-*

ta, Cedam, 2000, p. 14. Ritiene che le circostanze assolvano, prima ancora che una funzione di commisurazione giudiziale della pena, una funzione di rideterminazione sul piano normativo dei caratteri della fattispecie astratta, STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, 1971, spec. p. 43 ss., 54 ss. e 99 ss., ad avviso del quale esse possono essere considerate afferenti (anziché al tema della commisurazione sanzionatoria della pena) al tema del concorso di reati (tra fattispecie base e fattispecie circostanziata) nella misura in cui modificano la stessa cornice edittale e, quindi, la fattispecie incriminatrice astratta. Di analogo ordine di idee sono MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 414; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Giappichelli, 2006, p. 522. Sul punto cfr. anche DONNI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, in AA.VV., *La riforma della Parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile, Jovene, 2003, p. 59, nota n. 13; ora anche in DONNI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 237 ss. Di diverso avviso è invece DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 1 ss.

⁽¹³⁾ Osserva come anche nel codice Rocco, nonostante la diversa scelta sistematica, le circostanze (soprattutto quelle ad efficacia comune) continuino ad assolvere anche (se non addirittura esclusivamente) una funzione determinante in sede di com-

della commisurazione giudiziale della pena e collocate in quella della teoria generale del reato – per la precisione nella categoria dommatica delle forme di manifestazione del reato – si è presentata per la scienza penalistica la necessità ineluttabile di ridefinirle e di distinguerle dall'altra *species* di elementi del reato, quelli c.d. essenziali.

Se tale operazione è risultata agevole con riferimento alle aggravanti ed alle attenuanti comuni contenute nella parte generale del codice rispettivamente negli artt. 61 e 62 c.p., nonché per le circostanze speciali espressamente qualificate come tali dal legislatore, non altrettanto può dirsi per le circostanze speciali prive di un inequivoco *nomen iuris*.

La definizione comunemente condivisa dalla dottrina italiana delle "circostanze del reato" quali elementi meramente accidentali di un reato già perfetto nella sua struttura, che non incidono sulla sua esistenza bensì, unicamente, sulla sua gravità e, conseguentemente, sulla entità della pena da applicare ⁽¹⁴⁾, mentre, per un verso, assolve una valida funzione sistematico-classificatoria (ma mai critico-selettiva) rispetto alle circostanze già definite espressamente come tali dal legislatore; per altro verso, invece, non contiene alcuna indicazione utile per poter stabilire con certezza quando, nel silenzio della legge, un dato elemento specializzante di una fattispecie incriminatrice costituisca un elemento circostanziato o un elemento essenziale ⁽¹⁵⁾. Questa differenziazione, difatti, non è (e non potrebbe essere) imperniata su dati di tipo ontologico-qualitativo, dal momento che non esistono sul piano della realtà fenomenico-naturalistica dei peculiari caratteri distintivi delle circostanze rispetto agli elementi essenziali di un reato ⁽¹⁶⁾.

misurazione giudiziale della pena, DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 119 ss.

⁽¹⁴⁾ In tal senso cfr. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936; SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Utet, 1952; CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963; MARINI, *Le circostanze del reato*, Giuffrè, 1965; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, 1961, p. 66 ss.; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. d. pen.*, vol. II, Utet, 1988, p. 187 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 308; MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1993, p. 1 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV^a ed. a cura di Conti, Giuffrè, 2003, p. 437; ALEO, *Il sistema penale*, Giuffrè, 2005, p. 130; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Zanichelli, 2006, p. 379; CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, Cedam, 2005, p. 415; PULITANO, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2005, p. 452; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II^a ed., vol. II, Utet, 2005, p. 3; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Giuffrè, 2006, p. 696; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Giuffrè, 2006, p. 419; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 520 s.

⁽¹⁵⁾ Considerazioni analoghe sono svolte anche da CADOPPI, *La distinzione fra circostanze*, cit., p. 661.

⁽¹⁶⁾ La inesistenza sul piano ontologico di aspetti

differenziali tra circostanze ed elementi costitutivi del reato è stata ben sottolineata già da CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., p. 172 ss. L'illustre Autore rilevava infatti come «sotto questo profilo è evidente che qualunque elemento assunto a figura di circostanza potrebbe fungere, viceversa, da elemento costitutivo. E l'esame della realtà dell'ordinamento ce ne offre una costante, continua conferma. Frequentissime sono, infatti, le fattispecie differenziate esclusivamente dalla presenza di elementi che, in relazione ad altre fattispecie, possono invece fungere soltanto da circostanze [...]. Non vi è quindi un dato settore della realtà o dell'esperienza dal quale siano attinti i contenuti delle circostanze, che sia sempre, costantemente diverso da quello che individua i c.d. "elementi costitutivi", ma sia gli uni che gli altri possono essere costituiti dai medesimi elementi di fatto, la cui configurazione dommatica, perciò, come elementi o come circostanze, è rimessa esclusivamente al profilo della rispettiva funzionalità. Il prudente, ma sovrano arbitrio del legislatore, determina, dunque, quale ruolo debbano svolgere, nell'ambito dell'esperienza giuridico-penale, determinati elementi, ne è dato, in difetto, di una precisa indicazione di carattere formale quale può derivare soltanto dalla legge, distinguere altrimenti, nel reciproco contenuto di fatto, le circostanze dai c.d. elementi essenziali». In termini sostanzialmente analoghi si era espresso anche

Si capisce, allora, come la opzione legislativa in un senso o nell'altro (nei pochi casi in cui è stata esercitata) sia derivata unicamente da una libera decisione, potestativa e discrezionale, del legislatore, anziché da una sua presa d'atto della presenza di un dato naturalistico definibile già *ex ante*, al di fuori del diritto, come circostanza o come elemento essenziale ⁽¹⁷⁾.

Anche una rapida comparazione di alcune fattispecie circostanziate «nominate» con altre figure criminose autonome della parte speciale del codice, lascia emergere immediatamente come sia rimessa esclusivamente all'*arbitrium legislatoris* la scelta di tipizzare dati elementi specializzanti come elementi essenziali di una autonoma figura criminosa, incidenti sulla valutazione legale di disvalore del fatto, o come elementi accidentali di una fattispecie circostanziata, rilevanti, cioè, solo ai fini della determinazione in concreto della gravità del fatto e della pena da irrogare.

Basti pensare, a titolo puramente esemplificativo, alle ipotesi dell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (art. 578 c.p.) e dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), da un lato, e dell'omicidio del discendente e dell'omicidio premeditato (nonché di tutte le altre aggravanti speciali contenute negli artt. 576 e 577 c.p.); dall'altro: nella prima categoria di casi gli elementi specializzanti della figura base dell'omicidio doloso sono presi in considerazione dalla legge quali dati costitutivi di autonome fattispecie dotate di cornici edittali indipendenti, mentre nella seconda sono valutati come mere circostanze (ma si pensi anche alle ipotesi della truffa semplice e di quelle aggravate di cui agli artt. 640 ss. c.p., o della violenza sessuale e delle ipotesi «qualificate» di cui agli artt. 609-bis ss. c.p., o – fino alla recente riforma – dell'ingiuria e dell'oltraggio al pubblico ufficiale di cui agli artt. 594 e 341 c.p. ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾).

Muovendo da queste preliminari considerazioni si può allora pervenire a due prime provvisorie conclusioni, rispettivamente, in merito all'ambito di incidenza del problema ed in merito alle cause da cui esso scaturisce.

Per quel che concerne il primo aspetto, appare evidente che le difficoltà esistenti in argomento concernono esclusivamente quelle fattispecie incriminatrici di parte speciale (o della legislazione complementare) contenenti elementi specializzanti privi

MARINI, *Le circostanze*, cit., p. 29, ad avviso del quale la categoria dommatica delle circostanze finiva con il risultare una «categoria formale nel cui ambito può essere calato qualsiasi contenuto, ad esclusivo arbitrio del legislatore». Nello stesso senso si vedano VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 14 e PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 189.

⁽¹⁷⁾ Sottolinea in maniera chiara la inesistenza di elementi differenziali tra le due categorie sul piano ontologico-qualitativo, M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 634. In argomento, cfr. da ultimo, PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 679, n. 61.

⁽¹⁸⁾ In tal senso cfr. PALAZZO, *Diritto penale*, cit., p. 522.

⁽¹⁹⁾ Sul punto cfr. anche Sez. un., 10 luglio 2002,

Fedi, cit., dove testualmente si legge che «tuttavia, bisogna osservare che l'elemento di specializzazione non offre alcuna chiave ermeneutica per la soluzione della questione [...]. Infatti esso, se sovente connota una fattispecie circostanziale rispetto al reato semplice col quale intercorre il rapporto di specialità [...] qualche volta configura sicuramente una fattispecie autonoma di reato [...]. Ciò si spiega con la ragione che non esiste alcuna differenziazione ontologica tra elementi costitutivi (o essenziali) e elementi circostanziali (o accidentali) del reato, atteso che questi elementi si possono distinguere solo in base alla disciplina positiva che ne stabilisce il legislatore. Gli artt. 61, 62 e 84 c.p. sono univoci al riguardo, laddove riconoscono esplicitamente che lo stesso fatto materiale può essere considerato dalla legge ora come elemento costitutivo ora come circostanza del reato».

di chiare indicazioni formali: è solo in relazione a tali elementi che l'interprete è chiamato a svolgere il difficile compito della individuazione della loro natura giuridica e a dover discernere tra circostanza ed elemento costitutivo⁽²⁰⁾; in tutti gli altri casi (circostanze comuni e circostanze speciali "nominate") viceversa, ci si attiene all'unico criterio attendibile: il *nomen iuris* conferito loro dal legislatore⁽²¹⁾.

Per quanto riguarda il secondo, invece, si può convenire che le incertezze sul punto originino essenzialmente da tre concause differenti, sebbene complementari tra loro. Vale a dire: a) dalla inesistenza sul piano ontologico di tratti distintivi tra circostanze ed elementi costitutivi; b) dalla mancata previsione nel codice di un criterio diagnostico per guidare l'interprete al cospetto delle figure ambigue; c) dalla (incomprensibile) tendenza invalsa nella nostra legislazione penale a non specificare in maniera chiara ed esplicita (se non sporadicamente) la natura dell'elemento specializzante⁽²²⁾.

3. LE MOLTEPLICI IMPLICAZIONI PRATICHE DERIVANTI DALLA SUA SOLUZIONE

Una volta preliminarmente circoscritto il campo della presente indagine sgomberandolo da dati ininfluenti, occorre ora passare ad evidenziare quale sia la rilevanza effettiva della distinzione tra elementi circostanziali ed essenziali di un reato o, per meglio dire, quali siano le conseguenze concrete derivanti dalla scelta a favore dell'una o dell'altra natura giuridica. Solo così si può riuscire a comprendere appieno la importanza prioritaria che tale aspetto ha assunto (e continua ad assumere) nel dibattito penalistico.

Sebbene, di primo acchito, si possa essere portati a pensare che il problema della identificazione della natura giuridica di un elemento specializzante di una fattispecie incriminatrice appartenga al novero delle questioni dommatiche puramente accademiche, sterili sul piano della prassi giudiziaria e delle conseguenze sanzionatorie per l'imputato, in realtà, ad uno sguardo più attento, ci si avvede dell'esatto contrario e si perviene alla conclusione opposta: esso è, invero, un tema tutt'altro che astratto, fecondo, altresì, di numerose, e non trascurabili, implicazioni pratiche sul versante della individuazione della disciplina da applicare⁽²³⁾.

Innanzitutto, tale soluzione incide sulla possibilità di attrarre o meno la fattispecie comprensiva dell'elemento specializzante "anfibia" nel giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee ex art. 69 c.p.

Nel caso in cui si attribuisca a questa figura criminosa il valore di fattispecie autonoma essa verrà sottratta a tale giudizio ed, al contrario, dovrà essere necessaria-

⁽²⁰⁾ Già M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato*, cit., p. 561, circa sessant'anni fa, aveva notato che tale tipo di perplessità sulla natura di un elemento «può sorgere solo allorché le due rispettive fattispecie, astrattamente considerate, presentino un fondo comune penalmente rilevante di elementi costitutivi, e inoltre, dal punto di vista strutturale, un plus che diversifichi la prima (l'eventuale forma circostanziata) dalla seconda (l'eventuale ipotesi base)».

⁽²¹⁾ Tale aspetto è sottolineato da PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 195, il quale osserva come è «solo

nel caso che le due fattispecie si presentino in rapporto di specialità che l'opzione interpretativa si prospetta in tutta la sua pregnanza».

⁽²²⁾ Sul punto cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 634.

⁽²³⁾ Mettono in luce le numerose conseguenze pratiche connesse alla attribuzione ad una determinata figura criminosa della natura di fattispecie autonoma o circostanziata, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 420; PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 193 ss.; GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 22 ss.

mente computata dal giudice ai fini della sussistenza del fatto e della commisurazione della pena.

Diversamente, nell'ipotesi inversa, il giudice potrà pervenire alla radicale "eliminazione" (dal punto di vista giuridico) della figura circostanziale, dal momento che, com'è noto, il giudizio di bilanciamento può concludersi con l'affermazione della equivalenza o, addirittura, della soccombenza di detta fattispecie, rispetto alle altre circostanze eterogenee reputate sussistenti, anche alle sole attenuanti generiche.

Se, cioè, si riconosce natura circostanziata all'elemento "vago" si ammette la possibilità che esso possa anche "scompare" nel caso concreto; al contrario, se si perviene alla conclusione opposta, tale elemento, come tutti gli elementi costitutivi, diventa «indefettibile» ⁽²⁴⁾.

In breve: l'attribuzione alla fattispecie incriminatrice della natura meramente circostanziale reca con sé il non trascurabile rischio della totale "obliterazione" dell'elemento specializzante ad opera esclusiva dell'attività discrezionale dell'interprete, rischio quanto mai deprecabile, soprattutto, nel caso di reati aggravati dall'evento ⁽²⁵⁾. In tali ipotesi questa conclusione comporta come logico corollario la "bagatellizzazione" per via interpretativa di figure criminose non solo astrattamente, ma anche concretamente non bagatellari ⁽²⁶⁾.

Un esempio paradigmatico di possibili (inopportune) degradazioni giurisprudenziali del tipo di illecito è costituito dal delitto di rissa di cui all'art. 588 c.p.: se si parte dalla convinzione della natura circostanziale del secondo comma di questa fattispecie (la morte di uno dei corrispanti), tutte le volte in cui il giudice, all'esito del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., ritenga equivalente o prevalente rispetto ad esso una qualsivoglia attenuante, la cornice edittale di pena passerà da tre mesi-cinque anni di reclusione a 5-309 euro di multa ⁽²⁷⁾.

In secondo luogo, l'attribuzione della qualifica circostanziale grava in maniera significativa sulla individuazione dei criteri di imputazione soggettiva dell'elemento incerto all'autore del fatto, soprattutto (almeno dopo la riforma del 1990) nelle fattispecie dolose.

Se si tratta di elemento costitutivo di un'autonoma fattispecie incriminatrice di tipo doloso, in relazione ad esso dovrà essere accertata necessariamente la sussistenza del dolo, al pari di ogni altro elemento costitutivo del *Tatbestand*; se, al contrario, si tratta

⁽²⁴⁾ Così, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 420.

⁽²⁵⁾ Per una approfondita trattazione dei problemi implicati dai reati aggravati dall'evento, v. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Giuffrè, 1984; BONDÌ, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Giuffrè, 1999.

⁽²⁶⁾ Com'è noto, invece, la eventuale attenuazione (o addirittura eliminazione) della risposta sanzionatoria per i c.d. «reati bagatellari non autonomi», vale a dire per quei reati in astratto potenzialmente dannosi, ma in concreto dotati di scarso disvalore sociale (l'esempio di scuola sempre valido è quello del furto della mela), dovrebbe rappresentare, secondo

il modello di Krümpelmann, un obiettivo da perseguire per i sistemi penali moderni. Sul punto cfr. KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, in argomento, nella dottrina italiana, si vedano PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, p. 627 ss.; spec. p. 645 ss.; MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, 1988, p. 97 ss.

⁽²⁷⁾ Evidenziano il pericolo di una simile, inammissibile, bagatellizzazione di un reato lesivo del bene giuridico vita, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 424.

di mera circostanza aggravante, sarà sufficiente accertare la sussistenza della colpa secondo quanto disposto dall'art. 59, comma 2, c.p. ⁽²⁸⁾.

In altre parole, riguardo a tale aspetto, il riconoscimento della natura circostanziale all'elemento ambiguo riverbera effetti negativi sulla piena attuazione del principio di colpevolezza costituzionalmente garantito ex art. 27, comma 1, Cost., poiché consente di imputare (soggettivamente) al reo un elemento di una fattispecie incriminatrice dolosa a titolo meramente colposo.

Inoltre, ulteriori e non marginali conseguenze della qualificazione del dato normativo "vago" come circostanza o come elemento costitutivo, concernono l'individuazione del tempo necessario alla prescrizione del reato, soprattutto prima delle modifiche apportate alla disciplina in *subiecta materia* dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, la c.d. legge ex-Cirielli ⁽²⁹⁾.

Sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 157 c.p. l'identificazione della natura dell'elemento specializzante incideva sempre su tale computo, dal momento che ai sensi del secondo comma di detto articolo «per determinare il tempo necessario a prescrivere si [aveva] riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti».

Oggi, invece, ai sensi del novellato art. 157, comma 1, la qualifica circostanziale esplica effetti sulla disciplina della prescrizione unicamente nei casi di «aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale».

Ed ancora, conseguenze di questa distinzione si riflettono anche sul piano del concorso di persone nel reato; della efficacia della legge penale nello spazio e della configurabilità o meno del tentativo.

Per quanto concerne il primo profilo, quello della disciplina utilizzabile nel caso di concorso di persone nel reato, ove si opti per qualificare l'elemento specializzante "dubbio" come circostanza troverà applicazione la disciplina prevista dall'art. 118 c.p. che esclude la comunicabilità di talune circostanze soggettive ai concorrenti. Diversamente, se si ravvisi in esso un elemento costitutivo di un titolo differenziato di reato, troverà applicazione la disciplina generale in materia di concorso di persone nel reato e, specificamente, la disciplina dettata dagli artt. 116 e 117 c.p. per le ipotesi di concorso in un reato diverso da quello voluto dal concorrente e di concorso in un reato proprio ⁽³⁰⁾.

Per quel che concerne, poi l'efficacia della legge penale nello spazio la qualifica cir-

⁽²⁸⁾ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 420; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 640.

⁽²⁹⁾ Per dei commenti sulla novella apportata alla disciplina della prescrizione dalla l. n. 251 del 2005 si rinvia, tra i tanti a FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1325 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 869 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Appendice, Utet, 2006, p. 4 ss.;

MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 170 ss.; GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in *Giunta, Le innovazioni al sistema penale*, Giuffrè, 2006, p. 1 ss.; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier n. 1, 2006, p. 32 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 420; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 640; PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 194.

costanziale della fattispecie condiziona la sua perseguibilità da parte dell'Autorità giudiziaria nazionale: qualora, infatti, si verifichi nel territorio dello Stato italiano il solo elemento "ambiguo", mentre tutti gli altri si verifichino all'estero, la legge italiana non potrà mai trovare applicazione e la punibilità del fatto sarà esclusa; ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p. essa potrà essere applicata solo ove si accerti la commissione nel territorio italiano di un elemento della fattispecie incriminatrice che rappresenti almeno una parte dell'azione o dell'omissione, oppure l'evento costitutivo ⁽³¹⁾.

Ed infine, con riferimento alla rilevanza penale del tentativo, la attribuzione all'elemento specializzante della qualifica circostanziale determina il sorgere di incertezze circa la configurabilità o meno del delitto tentato, dal momento che secondo un orientamento abbastanza consolidato in dottrina il tentativo di delitto circostanziato (diversamente dal tentativo circostanziato di delitto) non sarebbe ipotizzabile ⁽³²⁾.

Solo nel caso in cui si ammetta che la norma contenente il dato incerto integri una autonoma fattispecie incriminatrice si potrà ritenere punibile, senza ostacoli di sorta, anche il tentativo di delitto circostanziato.

Si potrebbe a questo punto obiettare che il problema del distinguo fra circostanze ed elementi essenziali abbia negli ultimi tempi perso una parte della sua rilevanza in seguito alle recenti riforme, rispettivamente, dei criteri di imputazione soggettiva delle circostanze (l. n. 19 del 1990) e della disciplina della prescrizione (l. n. 251 del 2005).

Sotto il primo profilo, infatti, la qualifica circostanziale dell'elemento dubbio influenza oggi in maniera meno significativa che in passato la tenuta del principio di colpevolezza.

Mentre durante la vigenza del testo originario dell'art. 59, comma 2, c.p., l'apertura di un *vulnus* nel principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost., era eclatante, dal momento che tale constatazione recava come conseguenza l'ascrizione all'autore del fatto dell'elemento specializzante della fattispecie criminosa a titolo di responsabilità oggettiva anziché di dolo. Dopo la riforma del 1990, invece, tale ferita è stata parzialmente suturata, in quanto (come si è già anticipato poc'anzi) la differenza tra i criteri di imputazione degli elementi essenziali e delle circostanze è stata fortemente smussata. Com'è noto, attualmente in base al nuovo testo dell'art. 59, comma 2, c.p., le circostanze aggravanti non sono più imputate a titolo oggettivo, bensì (secondo l'insegnamento delle due celebri sentenze della Corte costituzionale, nn. 364 del 1988 e 1085 del 1988) si richiede per la loro ascrizione al reo l'accertamento del coefficiente psicologico soggettivo minimo della colpa ⁽³³⁾.

Sotto il versante della prescrizione, poi, la nuova disciplina dettata dall'art. 157 c.p. per il computo dei termini riduce i deleteri effetti (soprattutto accelerativi) connessi in precedenza alla qualifica circostanziale dell'elemento specializzante. Se, come

⁽³¹⁾ Tale aspetto è preso in considerazione da PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 194; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 420; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 640.

⁽³²⁾ In merito al problema specifico della configurabilità del tentativo di delitto circostanziato cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 434; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., p. 60; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 470; ROMANO,

Commentario, cit., p. 600; PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 482.

⁽³³⁾ Sui criteri soggettivi di imputazione delle circostanze introdotti con la l. n. 19 del 1990 cfr., tra i tanti MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, Giuffrè, 1993; PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, cit., p. 221 ss.; VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. d. pen., agg.*, vol. I, Utet, 2000, p. 51.

detto, sotto la vigenza del testo originario delle norme in materia di prescrizione le circostanze condizionavano sempre il computo del *tempus ad quem* per la prescrizione del reato, oggi invece esse incidono unicamente nel caso in cui si tratti di circostanze ad effetto speciale, autonome ed indipendenti.

Pur essendo entrambe le obiezioni fondate, non bisogna, però, lasciarsi trarre in inganno.

Innanzitutto, le più o meno recenti riforme ora richiamate non hanno risolto in maniera definitiva né il problema della incidenza delle circostanze sui criteri di imputazione soggettiva, né, tanto meno, quello della loro influenza sul computo del tempo utile alla prescrizione.

Li hanno solo resi meno rilevanti.

E, soprattutto, se è vero che sotto i versanti ora analizzati la questione circa la identificazione della natura giuridica di un elemento specializzante di una figura criminosa è divenuta meno pregnante, è anche vero però che, dopo la riforma del 1974 dell'art. 69 c.p., ad opera del d.l. n. 99 del 1974, convertito in l. 7 giugno 1974, n. 220, essa si è acuita viepiù con riguardo al giudizio di bilanciamento delle circostanze. Da questa data in poi è divenuto possibile coinvolgere in tale giudizio tutte le circostanze senza esclusione di sorta (almeno fino alle recenti riforme in materia di recidiva introdotte sempre ad opera della l. n. 251 del 2005), esponendo il sistema penale al serio rischio di vedere delegata in bianco al potere discrezionale del giudice la facoltà di neutralizzare anche imponenti variazioni sanzionatorie ⁽³⁴⁾.

Risulta pertanto evidente come tale tema rivesta ancora oggi una importanza prioritaria.

4. I CRITERI ELABORATI DALLA DOTTRINA E DALLA GIURISPRUDENZA PER RISOLVERLO

Alla luce di quanto sinora premesso emergono allora più nitide le ragioni del perché nel corso degli anni la dottrina e la giurisprudenza tanto abbiano discusso in merito a questo apparentemente marginale aspetto e, soprattutto, tanto si siano premurate di cercare di selezionare, tra i molti criteri possibili, uno di portata generale capace di assolvere il ruolo di bussola sicura dinanzi ad ogni eventuale caso dubbio ⁽³⁵⁾.

Nonostante ciò, tutti gli sforzi prodotti sono risultati vani.

L'assenza di univoci appigli normativi per gli interpreti e la inesistenza di qualsivoglia dato differenziale di tipo ontologico-qualitativo ha determinato (come era logico immaginare) il proliferare di una moltitudine disomogenea e caotica di canoni di decodificazione degli elementi specializzanti ambigui. Ciò, a sua volta, ha generato sul

⁽³⁴⁾ In tal senso cfr. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p. 10 ss., a cui avviso al giudice, dopo tale riforma, sono stati «conferiti poteri immensi, tali da permettergli, se volesse, di porre quasi nel nulla la supposta o manifesta volontà del legislatore», con il rischio di aprire le porte in questo modo all'ingresso nel nostro ordinamento di «un diritto "libero" rimesso a scelte individuali del giudice». In argomento, si vedano anche CADOPPI, *La*

distinzione tra circostanze, cit., p. 659; PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 194.

⁽³⁵⁾ Sulle difficoltà esistenti in merito alla possibilità di individuare un criterio di portata generale in base al quale risolvere con sicurezza eventuali dubbi in ordine alla effettiva natura circostanziale di un certo elemento di una fattispecie incriminatrice, cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 565 ss.

piano del *lebendes Recht* una volubilità ed una confusione tali da incrinare profondamente, non solo le sempre pressanti esigenze di certezza del diritto, ma anche alcuni di quei principi fondanti del diritto penale, quali quelli di riserva di legge formale e di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. A ben vedere, nella prassi applicativa la decisione sulla natura giuridica degli elementi "anfibi" è stata rimessa *in toto* alla piena ed incontrollata discrezionalità del singolo giudice del caso concreto; è ad essa, infatti, che è stato in ultimo demandato il compito di «trovare nella legge i segni, le espressioni della volontà legislativa, i sintomi da cui possa desumersi se si tratta di figura circostanziata»⁽⁵⁶⁾.

Né, tanto meno, come vedremo di qui a poco, la parola fine è stata scritta dalle Sezioni unite con la sentenza Fedi del 2002: come testimonia la decisione della suprema Corte ora in esame sul furto in abitazione, anche il criterio utilizzato in quella occasione si è rilevato relativo e non vincolante.

A conti fatti, si deve allora ritenere ancora valida la rassegnata constatazione (risalente al periodo precedente la sentenza del 2002) di quella parte della dottrina secondo cui «la "chiave di volta" del problema non è stata [ancora] trovata»⁽⁵⁷⁾.

Fatte tali dovute premesse sul valore inevitabilmente relativo di tutti i criteri euristici individuati (e individuabili) in via interpretativa per ricostruire la *voluntas legis*, conviene a questo punto esaminare, almeno per sommi capi, i principali tra essi, nonché evidenziarne i loro rispettivi difetti.

In tale operazione di schematizzazione si seguirà, orientativamente, l'analitico sistema classificatorio tracciato nella pronuncia delle Sezioni unite del 2002 per mettere ordine nell'intricato groviglio di criteri stratificatosi nel tempo e poter così, finalmente, scioglierlo. Più precisamente, nelle pagine che seguono si opererà una *summa divisio* dei predetti criteri e li si ordinerà in due distinte sottocategorie, rispettivamente, quella dei c.d. "criteri formali" e quella dei c.d. "criteri sostanziali"⁽⁵⁸⁾.

4.1 I criteri formali

Il primo "insieme" contiene tutti quei criteri di ricostruzione della *voluntas legis* imperniati su segni linguistici o aspetti sistematici cristallizzati formalmente all'interno delle disposizioni normative, vale a dire il criterio testuale, quello topografico e quello della specialità.

a) Il primo criterio deduce la natura dell'elemento dubbio dal *nomen iuris* adotta-

⁽⁵⁶⁾ Già tempo addietro aveva rilevato che questa era l'unica modalità possibile per risolvere i casi dubbi, mancando un criterio normativo di portata generale, M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma e figura circostanziata*, cit. p. 566; in termini analoghi v. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 79; M. ROMANO, *Commentario*, cit. p. 635.

⁽⁵⁷⁾ Così, GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 22; condivide tali considerazioni MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 565.

⁽⁵⁸⁾ Si veda sul punto la menzionata sentenza delle Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit. Una analoga

partizione è adoperata da BASILE, *Art. 59 sub B*), cit., p. 763 ss. Una suddivisione dei criteri era già stata operata, sebbene in termini leggermente differenti, da CADOPPI, *La distinzione fra circostanza*, cit., p. 661; CADOPPI, *La natura giuridica dell'ipotesi di cui all'art. 223 cpv. n. 1, legge fallimentare*, in *Il fallimento*, 1981, p. 804 ss. Propone, da ultimo, una diversa, ma ugualmente valida, ripartizione di tali criteri, BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., p. 302 ss., il quale distinguendoli in base al loro grado di efficacia probatoria rispetto alla natura dell'elemento dubbio, parla, rispettivamente, di "criteri indiziari" e di "criteri probanti".

to dal legislatore nella rubrica dell'articolo o al suo interno. Secondo i sostenitori di questo orientamento l'adozione in queste sedi del termine circostanza o dei termini aggravante o attenuante (*et similia*) sarebbe un chiaro indice della volontà del legislatore di configurare la fattispecie come circostanza.

Tale tesi però non appare risolutiva; essa ha, invero, un valore puramente classificatorio di quelle fattispecie già chiaramente qualificate dal legislatore in un senso o nell'altro, ma non offre alcun appiglio all'interprete per dipanare proprio quei casi maggiormente problematici in cui la norma non contiene alcun indicatore semantico univoco circa la sua natura giuridica.

Inoltre, per quel che concerne la rubrica, questa teoria si scontra con la obiezione che essa non sia parte integrante del precetto primario e non possa, dunque, essere mai considerata indizio univoco ed incontrovertibile della *voluntas legis*.

b) Il secondo, invece, quello c.d. topografico, valorizza un altro aspetto puramente formale, quello della collocazione sistematica della norma "vaga" all'interno del *corpus* legislativo: la formulazione della fattispecie comprensiva dell'elemento incerto in un articolo distinto e separato rispetto a quello recante la figura criminosa base, denoterebbe la natura di fattispecie autonoma di reato; diversamente, la sua formulazione all'interno dello stesso articolo che prevede il reato semplice, rivelerebbe la sua essenza di mera fattispecie circostanziale.

Mà, come ben evidenzia la suprema Corte nella più volte richiamata decisione a Sezioni unite, «anche questo indizio non è probante, perché vi sono fattispecie formulate in articoli separati che tuttavia sono da classificarsi come circostanze aggravanti: così le circostanze aggravanti previste negli artt. 292-bis e 293 c.p. rispetto ad alcuni delitti contro la personalità interna dello Stato, se compiuti da militari in congedo o dal cittadino in territorio estero. Di contro vi sono fattispecie formulate nello stesso articolo che sono sicuramente reati autonomi: per esempio forme colpose di delitti dolosi; le diverse ipotesi di favoreggiamento personale di cui al comma 1 e al comma 3 dell'art. 378 c.p.»⁽³⁹⁾.

c) Il terzo, infine, quello della "specialità", deduce la natura circostanziale della ipotesi normativa comprensiva dell'elemento dubbio specializzante dall'accertamento, anch'esso formale, del suo rapporto di specialità-accessorietà con la fattispecie base. In altri termini, ad avviso dei sostenitori di questo orientamento il reato sarebbe circostanziato tutte le volte in cui esso rappresenti una ipotesi speciale rispetto a quella descritta nella fattispecie base, vale a dire quando annoveri accanto a tutti gli elementi già richiesti dalla figura criminosa semplice anche un elemento ulteriore, un *quid pluris*, meramente "specificante".

Diversamente, il reato sarebbe autonomo quando l'elemento ulteriore, anziché limitarsi a specificare un qualcosa già intrinsecamente contenuto nella norma base, si sostituisca o si aggiunga ad uno dei suoi elementi essenziali modificandone l'ambito di applicazione⁽⁴⁰⁾.

Anche tale criterio, però, sebbene risulti in apparenza convincente sul piano definitorio, non è in grado di assolvere un ruolo di guida nei casi controversi, finendo per rimettere di fatto alla piena discrezionalità dell'interprete la decisione sulla

⁽³⁹⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 418.

natura dell'elemento specializzante; esso, anzi, com'è stato osservato «non costituisce propriamente un criterio, ma il presupposto stesso del problema da risolvere» (41).

4.2 I criteri logico-sostanziali o strutturali

Il secondo "insieme", invece, raggruppa tutti quei criteri di ricostruzione della *voluntas legis* incentrati, piuttosto che su dati linguistici o sistematici, su giudizi di valore concernenti aspetti inerenti alla struttura del precetto o della sanzione.

A) Il primo tra questi è rappresentato dal criterio del "modo di determinazione della pena".

Ad avviso dei sostenitori di questa tesi il dato discrezionale sarebbe costituito dalla modalità utilizzata dal legislatore per determinare la pena: tutte le volte in cui questa sia individuata tramite il richiamo alla pena prevista in altra norma incriminatrice ed applicando sulla stessa una variazione frazionaria in aumento o in diminuzione, ci si troverebbe in presenza di una fattispecie circostanziata; al contrario, nei casi in cui la sanzione sia individuata indipendentemente, con una diversa cornice edittale, ci si troverebbe dinanzi ad un titolo autonomo di reato.

Questo criterio si espone, però, a delle osservazioni critiche insuperabili.

Da un lato, non tiene conto che sono frequenti i casi in cui, pur individuando la norma incriminatrice specializzante la pena *per relationem*, essa integra sicuramente un autonomo titolo di reato: esempi eclatanti in tal senso sono quelli richiamati dalle Sezioni unite del delitto di corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.) e della subornazione (art. 377 c.p.), dove pur essendo la pena stabilita in relazione a quelle previste, rispettivamente, per la corruzione propria e per la falsa testimonianza, è indiscussa la loro essenza di figure criminose autonome.

Dall'altro, trascurava di considerare che sono altrettanto usuali le ipotesi in cui il legislatore, pur determinando la pena in maniera autonoma da quella prevista per la fattispecie base, comunque attribuisce alla fattispecie natura meramente circostanziale: si pensi per tutti ai tanti casi delle circostanze c.d. autonome e delle circostanze c.d. indipendenti (42).

«L'unico caso in cui il modo di determinazione della pena non lascia adito a dubbi è quello in cui la variazione in aumento o in diminuzione è lasciata indeterminata dal legislatore: così per esempio nei già menzionati artt. 292-bis e 293. In tali casi il giudice che debba quantificare la pena deve necessariamente far ricorso ai criteri generali stabiliti negli artt. 64 e 65 c.p., che delimitano la variazione quantitativa entro una misura frazionaria (un terzo) e specificano la variazione qualitativa (reclusione fino a 24 anni invece che ergastolo). E poiché tali variazioni sono stabilite con espresso riferimento alle circostanze del reato (come si evince dalla rubrica delle norme e del capo II in cui sono inserite), ne risulta obiettivamente una chia-

(41) Cfr. PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 194; critiche di simile tenore sono svolte da MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 573, il quale rileva come «un analogo rapporto strutturale è infatti pacificamente riscontrabile anche nella relazione fra gli elementi costitutivi di due fattispecie autonome di

reato». Sul punto si rinvia, peraltro, a quanto già osservato in precedenza nel § 2.

(42) In tal senso cfr. CADOPPI, *La distinzione fra circostanze*, cit., p. 661. Altre considerazioni critiche nei confronti di questo criterio sono svolte da BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., p. 308.

ra volontà del legislatore di sussumere la fattispecie sotto la categoria del reato circostanziato» (43).

Ma si tratta di casi del tutto marginali, dal momento che nella maggior parte delle ipotesi il legislatore è solito determinare l'entità della variazione di pena o in modo frazionario, o in modo indipendente o autonomo.

B) Altro criterio invocato dalla giurisprudenza è quello della «modalità di descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie». Secondo i fautori di questa soluzione ci si troverebbe in presenza di una circostanza quando il precetto primario della fattispecie sia descritto *per relationem*, vale a dire attraverso un mero rinvio ad un fatto già tipizzato altrove in una differente disposizione incriminatrice; al contrario, si sarebbe al cospetto di una figura criminosa autonoma quando il precetto sia redatto tramite una esplicita, puntuale descrizione della condotta incriminata.

Anche tale tesi, però, si espone a delle osservazioni critiche. Si replica, difatti, in risposta ad essa che le cose nel nostro ordinamento stanno diversamente, essendo frequenti i casi in cui il precetto primario di un reato sicuramente autonomo è descritto *per relationem*. Basti pensare, a titolo puramente esemplificativo, al reato di cui all'art. 251, comma 2, c.p., nel quale l'inadempimento colposo di contratti di fornitura in tempo di guerra è indicato richiamando l'inadempimento doloso di cui al comma 1 dello stesso articolo («se l'inadempimento del contratto, totale o parziale, è dovuto a colpa»). Oppure – almeno fino alla recente depenalizzazione della figura colposa – al delitto di atti osceni di cui all'art. 527 c.p. dove il delitto colposo era individuato nel secondo comma attraverso il rinvio al «fatto» già descritto nel primo comma («se il fatto avviene per colpa, la pena è della multa da lire sessantamila a lire seicentomila»). Altro esempio, infine, può essere ravvisato nei delitti colposi contro la salute pubblica di cui all'art. 452 c.p. individuati richiamando semplicemente i «fatti» previsti dagli artt. 438 e 439 c.p. (44).

Al più, osserva una parte della dottrina, si può dire, al contrario, che la descrizione della fattispecie basata sulla integrale (ri)descrizione del fatto tipico base, rappresenti «un elemento *probante* della natura costitutiva della fattispecie, in quanto in questo caso sì, appare del tutto evidente ed univoca la volontà del legislatore di dare al nuovo fatto di reato una totale autonomia» (45).

C) Un terzo criterio di tipo strutturale – peraltro il più utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità anche a Sezioni unite fino al recente passato (46) – è quello di tipo teleologico.

In base ad esso, ci si troverebbe al cospetto di un'autonoma figura di reato e non di una ipotesi circostanziale tutte le volte in cui si riscontri che la fattispecie penale spe-

(43) Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

(44) Sul punto cfr. ancora Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

(45) Così, BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., p. 308.

(46) Questo criterio, infatti, come ben ricorda la Corte nella sentenza Fedi, è stato adottato in numerose decisioni delle Sezioni unite precedenti il 2002. La sentenza Sez. un., 26 novembre 1982, Greco, in *questa rivista*, 1983, p. 266 ss., con nota di CORSO, *Una pregevole sentenza ... di valore storico (a proposito dell'illecito valutario non superiore ai 5 milioni di lire)*, in materia di omessa cessione al-

l'Ufficio italiano dei cambi di valuta estera non superiore a lire cinque milioni; la sentenza Sez. un., 12 settembre 1991, Parisi, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 275 ss., in materia di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; la sentenza Sez. un., 8 gennaio 1998, Deutsch, in *questa rivista*, 1998, p. 1331 ss., con nota di DELL'ANNO, *Una sentenza non convincente*, in materia di contrabbando di tabacco lavorato estero in quantità superiore ai 15 kg., di cui all'art. 2 della l. 18 gennaio 1994, n. 50.

ziale tuteli un bene giuridico diverso rispetto a quello tutelato dalla fattispecie incriminatrice base di riferimento.

Anche tale criterio si espone a delle censure difficilmente superabili.

In particolare, come ben rilevato ancora dalle Sezioni unite 2002, «l'obiezione più seria contro il criterio dell'oggettività giuridica è quella che denuncia l'inversione logica su cui esso si fonda. Per individuare l'interesse tutelato dalla fattispecie penale, invero, è necessario prima esaminare la struttura della stessa fattispecie, distinguendo i suoi elementi essenziali da quelli accidentali; sicché si potrà registrare un mutamento del bene tutelato solo quando e perché è stato accertato un mutamento degli *essentia delicti*» ⁽⁴⁷⁾.

Le precedenti decisioni delle Sezioni unite, in realtà, «pur adottando formalmente il criterio teleologico, finiscono per optare per la qualificazione circostanziale o per la qualificazione autonoma della fattispecie non tanto perché non è cambiata o è cambiata l'oggettività giuridica, quanto piuttosto perché è rimasta o non è rimasta immutata la struttura essenziale del reato.

Solo in questo senso si può dire che la fattispecie circostanziale modifica soltanto il grado di offensività della condotta, senza sostituire il bene tutelato» ⁽⁴⁸⁾.

A ciò si aggiunga che, come già evidenziato da Marcello Gallo, «ogni elemento che, come le circostanze in senso tecnico, aggiungendosi ad una fattispecie ne modifichi le conseguenze giuridiche rispetto a quelle ad essa tipiche, viene perciò a modificarne anche l'oggettività giuridica, arricchendola di note che la differenziano da quella della ipotesi base» ⁽⁴⁹⁾.

Inoltre, tale criterio, ad uno sguardo a più ampio spettro della parte speciale del codice e della legislazione complementare, si dimostra privo di quella portata euristica generale che dovrebbe avere: sono invero numerose le figure autonome di reato che non si distinguono tra loro in ragione dell'interesse giuridico protetto – che anzi è chiaramente identico –, bensì unicamente per le modalità di realizzazione del fatto o per altri elementi caratterizzanti ⁽⁵⁰⁾.

A ben vedere, infatti, si riscontrano nel sistema penale molte ipotesi in cui, pur essendo identico il bene giuridico tutelato dalla fattispecie contenente l'elemento specializzante, è assolutamente indubbia la sua natura di figura autonoma di reato come, ad esempio, nei già menzionati casi dell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale o morale di cui all'art. 578 c.p. e di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p.; è invero incontestabile che il bene giuridico tutelato da entrambe queste fattispecie sia il medesimo di quello tutelato dalla fattispecie base in materia di omicidio dell'art. 575 c.p.

D) Altra parte della dottrina ha sostenuto, invece, che deve essere adottato come criterio preferenziale il principio di legalità canonizzato nell'art. 25, comma 2, Cost. e nell'art. 1 c.p.

⁽⁴⁷⁾ Testualmente ancora, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.; ricostruisce attentamente i passaggi salienti di questa sentenza volti a confutare il criterio teleologico BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., p. 305 s.

⁽⁴⁸⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁽⁴⁹⁾ M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma*

di reato, cit., p. 564. In senso analogo cfr. PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 194; VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p. 15; CADOPPI, *La distinzione fra circostanze*, cit., p. 661.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 417; MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 570.

Ad avviso dei fautori di questa tesi, quando si controverte intorno alla natura costitutiva o circostanziale di un determinato elemento della fattispecie, si controverte per ciò stesso circa l'esistenza nell'ordinamento di una particolare figura criminosa. Ma per il principio di legalità questa figura esiste nell'ordinamento solo se è "espressamente" prevista, ovverosia se è contemplata in modo certo e incontrovertibile: sicché ogni dubbio ermeneutico deve essere risolto contro la qualificazione autonoma e a favore della qualificazione circostanziale della fattispecie "ambigua" ⁽⁵¹⁾.

Come rilevato, però, dalla suprema Corte nella sentenza Fedi, «questa teoria [...] si espone a un'essenziale obiezione di ordine dommatico, perché il principio di legalità vale per il reato semplice come per il reato circostanziato; sicché, in mancanza di un'espressa qualificazione legislativa, l'interprete dubbioso non potrebbe optare per una configurazione circostanziale invece che autonoma senza incidere ugualmente sul principio di legalità penale» ⁽⁵²⁾.

E) Secondo altra parte ancora della dottrina, l'interprete dovrebbe risolvere i casi controversi avvalendosi del principio del *favor rei*, sicché dovrebbe sempre propendere per la soluzione circostanziale, in quanto più favorevole per l'imputato, dal momento che gli consente di godere dei benefici effetti del giudizio di bilanciamento tra circostanze.

Avverso tale teoria, si muovono due obiezioni fondamentali: per un verso, si eccipisce che, in realtà, nell'ordinamento penale, il *favor rei* (ammesso che sia un principio) è un principio di tipo processuale ⁽⁵³⁾ «di accertamento del fatto addebitato all'imputato, è cioè soltanto un principio che regola l'applicazione della legge al caso concreto, non già un canone di interpretazione della legge stessa»; per altro verso, si rileva che non sempre la qualifica circostanziale della fattispecie incerta è più favorevole all'imputato. Basti pensare, ad esempio, al caso in cui il dubbio ermeneutico sorga tra un reato autonomo meno grave rispetto al reato di riferimento ed una circostanza attenuante: in tale ipotesi «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» ⁽⁵⁴⁾.

F) Un ennesimo criterio utilizzato per dirimere la *querelle*, è quello del regime di procedibilità espressamente previsto per la fattispecie dalla natura incerta. Secondo questo orientamento un indice probante dell'essenza circostanziale della fattispecie incriminatrice sarebbe costituito dalla esplicita previsione all'interno della stessa del regime di procedibilità d'ufficio, giacché per una fattispecie autonoma di reato questa è la regola e quindi non avrebbe alcun senso richiamarla espressamente ⁽⁵⁵⁾.

La pronuncia delle Sezioni unite ha, però, ben evidenziato il valore relativo anche

⁽⁵¹⁾ PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 195.

⁽⁵²⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁽⁵³⁾ In tal senso, cfr. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., p. 309; GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 68.

⁽⁵⁴⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁽⁵⁵⁾ A sostegno del valore indiziante della natura circostanziale della fattispecie di cui all'art.

640-bis c.p. della previsione della procedibilità d'ufficio cfr. PELISSERO, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 347; MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Cedam, 1994, p. 36.

di questo criterio, osservando come non sia vero che la esplicita previsione della procedibilità d'ufficio nel testo della norma incriminatrice sia sempre sintomatica della sua natura circostanziale; basti pensare, appunto, al caso della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: «siccome la procedibilità d'ufficio, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 640 c.p., è prevista come regola per la truffa aggravata da qualsiasi circostanza, speciale e comune, il richiamo [nel testo dell'art. 640-bis c.p.] alla procedibilità officiosa risulterebbe superfluo anche se si accedesse alla tesi del reato circostanziato» ⁽⁵⁶⁾.

G) Ed ancora, altri criteri proposti dalla dottrina, ma giudicati giustamente inappaganti dalla giurisprudenza, sono quello sistematico, quello della struttura del precetto e quello del rapporto regola-eccezione.

Secondo il criterio sistematico i casi dubbi andrebbero risolti ricorrendo all'analogia; sicché si dovrebbe riconoscere all'elemento dubbio natura circostanziale tutte le volte in cui esso presenti l'*eadem ratio* di disciplina di un elemento di cui sia certa la natura circostanziale (ad es. uno di quelli presi in considerazione dagli artt. 61 e 62 c.p.) ⁽⁵⁷⁾.

Tale regola, però, oltre a non avere portata generale, dal momento che non è escluso (anche dalla esplicita clausola di riserva contenuta nei due articoli ora citati) che gli elementi presi in considerazione quali circostanze possano integrare elementi costitutivi di autonomi titoli di reato, risulterebbe comunque utilizzabile al massimo nei casi di soluzioni più favorevoli per il reo; in tutti gli altri casi il divieto di analogia in materia penale, traducendosi in un'analogia *in malam partem*, resterebbe, difatti, sempre inderogabile ⁽⁵⁸⁾.

H) In base al criterio della struttura del precetto, invece, per individuare la natura circostanziale dell'elemento dubbio si dovrebbe accertare la sua afferenza al precetto secondario della norma incriminatrice; in tal caso esso, rivolgendosi al giudice ed incidendo solo sulla modificazione di un fatto di per sé già reputato penalmente rilevante, sarebbe senz'altro una circostanza ⁽⁵⁹⁾.

Anche questa tesi non appare condivisibile. A ben vedere essa, in fondo, si sostanzia in una petizione di principio, dal momento che lascia irrisolto il problema della identificazione della natura giuridica dell'elemento dubbio ed, anzi, presuppone la sua soluzione ⁽⁶⁰⁾. Più che un criterio euristico questa è «un'eccellente formula riassuntiva con la quale si sistemano, una volta adottate certe premesse dottrinali, gli elementi di cui già sia stata accertata l'essenzialità o l'accidentalità» ⁽⁶¹⁾.

I) Infine, secondo un ennesimo criterio, la natura dell'elemento dovrebbe essere ricavata muovendo dal rapporto "regola-eccezione" esistente nel nostro sistema penale tra responsabilità soggettiva e responsabilità oggettiva. In base ad esso nei casi

⁽⁵⁶⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.; sul punto cfr. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., p. 307.

⁽⁵⁷⁾ Sul punto cfr. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 84.

⁽⁵⁸⁾ In questi termini si veda BASILE, *Art. 59 sub B)*, cit., p. 764; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 417. Tale potenziale rilevanza "sfavorevole" del criterio dell'analogia ha, peraltro, indotto anche lo stesso M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di mani-*

festazione del reato, Giappichelli, 2003, p. 7 ss., primo sostenitore, a rettificare le proprie opinioni.

⁽⁵⁹⁾ CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., p. 167.

⁽⁶⁰⁾ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 417; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 641.

⁽⁶¹⁾ Così, M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato*, cit., p. 565.

di silenzio del legislatore si dovrebbe optare per la natura di fattispecie autonoma, in quanto i casi di responsabilità oggettiva, quali appunto quelli delle circostanze, essendo eccezionali, devono essere tassativamente indicati dal legislatore.

Tale criterio, però, oltre a comportare il rischio di violazioni del principio del *favor rei* (perché così si esclude comunque la possibilità per l'imputato di beneficiare del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.), ha perso decisamente di importanza dopo la menzionata modifica del 1990 del criterio di imputazione delle circostanze e del suo (parziale) allineamento al principio di colpevolezza ⁽⁶²⁾.

4.3 Il criterio apparentemente risolutivo della «modalità di descrizione della fattispecie» adottato dalle Sezioni unite

Proprio allo scopo di porre fine a tali discrasie interpretative le Sezioni unite, quando sono state adite per chiarire la natura giuridica del delitto di cui all'art. 640-bis c.p., non si sono limitate a fornire una risposta alla singola questione oggetto del *devolutum*, bensì si sono prodigate nella meritoria, e ben più impegnativa, opera di provare ad individuare un unico criterio di portata generale capace di dirimere tutti i casi incerti.

E così nella sentenza Fedi del 2002, la suprema Corte, dopo aver passato ad attento vaglio critico i principali criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza poc'anzi esaminati, è addivenuta alla conclusione di considerare decisivo tra i tanti il solo criterio strutturale della «modalità di descrizione della fattispecie» ⁽⁶³⁾.

Ad avviso del massimo organo della Cassazione, il dato probante la natura di una fattispecie comprensiva di un elemento dubbio sarebbe rappresentato dalla tecnica di descrizione del comportamento incriminato nel precetto primario della norma incriminatrice: se il legislatore ha optato per la descrizione *per relationem*, vale a dire attraverso il rinvio ad un fatto descritto in altra fattispecie, ci si troverà dinanzi ad una circostanza; diversamente, se ha privilegiato la descrizione completa, ci si troverà al cospetto di un autonomo titolo di reato.

Come precisa la sentenza in un passo decisivo in cui confuta le critiche mosse contro tale criterio, «una siffatta struttura della norma incriminatrice indica la volontà di configurare soltanto una circostanza aggravante [...]. L'obiezione secondo cui vi sono casi in cui la descrizione *per relationem* è tuttavia compatibile con la configurazione di un autonomo reato, non regge ad un'analisi critica più attenta. A ben vedere, tutti i casi addotti a sostegno dell'obiezione, tra cui l'art. 251, comma 2, l'art. 452 e l'art. 527, comma 2 (prima della recente depenalizzazione), configurano reati colposi, sicché la descrizione per rinvio alla corrispondente ipotesi dolosa non contrasta con la configurazione di una fattispecie autonoma di reato solo per la ragione che il modulo descrittivo adoperato, se da una parte richiama il fatto tipico del reato doloso, dall'altra introduce anche una variazione nell'elemento soggettivo, che è essenziale nella struttura del reato medesimo, trasformandolo da doloso a colposo».

Vale a dire, che ad avviso delle Sezioni unite, non dovrebbero essere considerati «casi dubbi» tutti quelli in cui il legislatore descriva per rinvio una fattispecie colpo-

⁽⁶²⁾ C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., p. 7.

⁽⁶³⁾ Sulle caratteristiche di tale criterio e sulle relative critiche, si veda quanto già detto nel § 4.2 sub B).

sa, dal momento che in queste ipotesi la redazione della norma incriminatrice *per relationem* è dettata unicamente da ragioni di economia dei mezzi giuridici (la fattispecie oggettiva resta identica, ripeterla sarebbe una inutile *duplicatio cogitationis*) e l'elemento specializzante (l'elemento soggettivo colposo) non assolve una mera funzione di "specificazione" di fatti già inclusi nell'area di disvalore della fattispecie base, bensì di vera e propria "aggiunzione". Esso, infatti, estende l'orbita di operatività della norma incriminatrice base, facendo diventare penalmente rilevanti quelle condotte colpose altrimenti ricadenti nella distinta sfera del penalmente indifferente secondo quanto chiaramente disposto dall'art. 42, comma 2, c.p.

In altri termini, prosegue la Corte, quando la struttura della fattispecie penale (come nel caso di cui all'art. 640-bis c.p.) è definita attraverso il richiamo degli elementi essenziali del delitto base e con la sola introduzione come *quid novi* di un elemento estraneo alla struttura essenziale del fatto, appare «inequivoca la volontà legislativa di configurare una circostanza aggravante e non un diverso titolo di reato»⁽⁶⁴⁾. Quando, cioè, la descrizione della fattispecie «non immuta gli elementi essenziali» del delitto base, né quelli materiali né quelli psicologici, ma introduce soltanto un oggetto materiale specifico, tradizionalmente qualificato come accidentale e cioè circostanziale, allora «tra reato base e reato circostanziato intercorre un rapporto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, nel senso che il secondo include tutti gli elementi essenziali del primo con la specificazione o l'aggiunta di elementi circostanziali»⁽⁶⁵⁾.

Insomma, una volta sgomberato il campo da quelle ipotesi (i reati colposi appunto) che rappresentano dei *faux problèmes*, il criterio della modalità di redazione della fattispecie sembrerebbe essere l'unico sempre capace di guidare univocamente l'interprete nei casi effettivamente dubbi.

5. IL PERSISTERE DEL PROBLEMA

Tali conclusioni cui era pervenuta la sentenza Fedi, e che avrebbero dovuto offrire all'interprete un criterio *passerpartout* per tutti i casi controversi, sono state, però, "rin-negate" dalla stessa Corte di cassazione appena un anno dopo, quando nel 2003 è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura giuridica di un'altra fattispecie di recente conio, il delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-octies c.p.⁽⁶⁶⁾

In quella occasione i giudici di legittimità sono pervenuti alla conclusione che «il delitto di cui all'art. 609-octies c.p. costituisce una fattispecie autonoma di reato», utilizzando come criterio discrezionale, anziché quello della «modalità di descrizione della fattispecie» che avrebbe condotto a risultati opposti (essendo tale figura delittuosa redatta *per relationem* con la figura base di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p.), quello "teleologico" dell'offesa al bene giuridico, peraltro in maniera impropria; la natura autonoma di questa fattispecie è stata dedotta, difatti, in questa occasione non

⁽⁶⁴⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁽⁶⁵⁾ Così, Sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁽⁶⁶⁾ Anche in dottrina questa fattispecie è stata fin da subito considerata come un titolo autonomo di reato proprio in base al criterio «teleologico», in tal senso cfr. MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi pro-*

blemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo, in *questa rivista*, 1997, p. 2917; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Giuffrè, 2004, p. 151; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, Zanichelli, 2006, p. 218.

dalla dimostrazione della diversità dell'interesse giuridico tutelato, bensì da quella della diversità dell'entità della sua offesa ⁽⁶⁷⁾.

In un passo di tale decisione si legge testualmente che «la previsione di un trattamento sanzionatorio più grave si connette al riconoscimento di un peculiare disvalore alla partecipazione simultanea di più persone, in quanto una tale condotta partecipativa imprime al fatto un grado di lesività più intenso sia rispetto alla maggiore capacità di intimidazione del soggetto passivo ed al pericolo della reiterazione di atti sessuali violenti (anche attraverso lo sviluppo e l'incremento di capacità criminali singole) sia rispetto ad una più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima nella sua ineliminabile essenza di autodeterminazione. La contemporanea presenza di più di un aggressore è idonea a produrre, infatti, effetti fisici e psicologici particolari nella parte lesa, eliminandone o riducendone la forza di reazione» ⁽⁶⁸⁾.

Probabilmente a dettare questo *revirement* sono state contingenti valutazioni di opportunità politico-criminale svolte dai giudici di legittimità in merito alla necessità di sottrarre una figura criminosa così "delicata" al duplice effetto rischioso di attrazione nel giudizio di bilanciamento con le circostanze eterogenee e di allentamento dei criteri di imputazione soggettiva.

Se la Corte avesse seguito il precedente orientamento accolto dalle Sezioni unite non avrebbe potuto esimersi dal riconoscerle natura circostanziale, dal momento che la descrizione della condotta incriminata è fatta *per relationem* con il 609-bis c.p. e l'elemento specializzante (a differenza della colpa che amplia, come si è visto, l'area di operatività della fattispecie "base" facendo diventare penalmente rilevanti comportamenti altrimenti atipici) si limita semplicemente a specificare un particolare delle modalità realizzative della fattispecie base: è di tutta evidenza come la condotta di violenza sessuale di gruppo rientri già nell'area del penalmente rilevante descritta dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale derivante dal combinato disposto degli artt. 110 e 609-bis c.p.

Comunque, ciò che interessa sottolineare ai fini del presente scritto non è tanto l'elenco delle ragioni più o meno condivisibili da cui è scaturita questa decisione, o la attendibilità del criterio adottato per approdarvi, quanto, piuttosto, la dimostrazione in essa implicitamente contenuta della relatività anche del criterio veicolato dalla sentenza Fedi.

6. IL RIPROPORSI DELLE INCERTEZZE DOPO L'INTRODUZIONE DELL'ART. 624-BIS C.P.: LA CORTE CAMBIA NUOVAMENTE CRITERIO

Un ennesimo, decisivo, banco di prova per verificare la validità euristica del criterio approvato dalle Sezioni unite è stato offerto dalla nuova fattispecie introdotta con l'art. 2 della l. 26 marzo 2001, n. 128, (il c.d. "pacchetto sicurezza") in materia di furto in abitazione nell'art. 624-bis c.p. ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ L'art. 609-octies, comma 1, c.p., recita, infatti, testualmente che: «La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis».

⁽⁶⁸⁾ Sez. III, 13 novembre 2003, n. 3348, in *questa rivista*, 2005, p. 1278. Negli stessi termini si era già pronunciata in precedenza Sez. III, 3 giugno 1999, n. 11541, in *Riv. pen.*, 2000, p. 44.

⁽⁶⁹⁾ Sulle novità introdotte dal "pacchetto sicurezza"

Pochi anni or sono, l'accresciuto allarme sociale per la sicurezza dei cittadini sempre più esposta ad attacchi violenti ed invasivi da parte della "criminalità da strada", ha indotto il legislatore a modificare la disciplina codicistica in materia di furto. Tale riforma, ovviamente, ha toccato anche (*recte*: soprattutto) le ipotesi più gravi di furto, il furto con strappo ed il furto in abitazione, comportando l'abrogazione delle due vecchie circostanze aggravanti speciali previste nell'art. 625 c.p. e la loro trasformazione in autonome figure di reato⁽⁷⁰⁾, alla stessa stregua di quanto già era stato fatto dal legislatore nel 2000 con il d.l. 4 agosto 2000, n. 220, conv. con modif., in l. 6 ottobre 2000, n. 275, con l'introduzione nell'art. 423-bis c.p. della figura autonoma di delitto di incendio boschivo in luogo della identica, abrogata, fattispecie aggravata di cui all'art. 425 c.p.⁽⁷¹⁾.

Come ha prontamente osservato la dottrina maggioritaria il nuovo art. 624-bis c.p. non ha, dunque, apportato alcuna modifica al raggio della tutela in materia di reati contro il patrimonio, ma si è limitato a rafforzarlo tramite la trasfigurazione delle due preesistenti circostanze aggravanti speciali del delitto di furto in distinte ed indipendenti fattispecie incriminatrici⁽⁷²⁾.

La *ratio* della sua riforma è stata conseguentemente ravvisata nella intenzione del legislatore di rendere più rigoroso il trattamento sanzionatorio per condotte comunemente ritenute di particolare disvalore sociale, sottraendole al rischio (evidenziato dalla prassi) della loro "eliminazione" in seguito all'eventuale giudizio di equivalenza o soccombenza nel bilanciamento con le circostanze eterogenee ex art. 69 c.p.

Orbene, come sempre accade quando una norma prende il largo nel mare aperto del diritto rescindendo il cordone con la volontà storica dei suoi compilatori, l'art. 624-bis c.p., una volta calato nel codice ed "oggettivatosi", nonostante la apparente univocità dalla *voluntas legis*, si è inevitabilmente esposto a poliedriche e difformi letture da parte dei suoi interpreti.

Naturalmente, terreno privilegiato per il formarsi di discrasie ermeneutiche è stato proprio quello della qualifica giuridica da attribuire a tale nuova fattispecie "anonima": ipotesi circostanziale o figura autonoma?

A tale quesito i giudici di legittimità hanno fornito nella sentenza in commento pronta risposta: a loro avviso l'art. 624-bis c.p. integra, senza ombra di dubbio, un titolo autonomo di reato e, quindi, deve essere sottratto al giudizio di bilanciamento con le altre circostanze eterogenee ed ai suoi eventuali effetti "scoloranti".

Ancora una volta, però, come già nel 2003, essi sono approdati a questo esito facendo ricorso ad un criterio discrezionale diverso da quello indicato dalla sentenza Fedeli della

za" v. PISA, *Le misure restrittive del «pacchetto sicurezza»* (I). *Le norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 939 ss.; BACCI, *Commento all'art. 2*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 338 ss.; GARGANI, *Le modifiche al codice penale introdotte dal c.d. «pacchetto sicurezza»* (l. 26 marzo 2001, n. 128), in *Studium iuris*, 2002, p. 1 ss.; INSOLERA, *Qualche riflessione sul «pacchetto sicurezza»*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 947 ss.; MANTOVANI, voce *Furto in abitazione e furto con strappo*, in *Dig. d. pen.*, agg., vol. II, Utet, 2004, p. 170 ss.; MIEDICO, *Art. 624-bis*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 4436 ss.

⁽⁷⁰⁾ In tal senso, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale.*

Parte speciale, vol. II, tomo II, IV^a ed., Zanichelli, 2005, p. 76.

⁽⁷¹⁾ Evidenza come, anche in relazione all'incendio boschivo, il legislatore con l'art. 423-bis c.p. si sia limitato a trasformare in titolo autonomo di reato una preesistente fattispecie circostanziale (l'abrogato art. 425, n. 5). CUPELLI, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423-bis c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 183 ss.

⁽⁷²⁾ BACCI, *Commento all'art. 2*, cit., p. 386; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 76.

c.d. "modalità di descrizione del precetto primario". Tuttavia, se nel caso della violenza sessuale di gruppo il cambio di rotta era in qualche modo "giustificato" dalle contingenti valutazioni di opportunità politico-criminale poc'anzi esposte, in questa circostanza, invece, è sembrato del tutto immotivato, dal momento che tali giudici sarebbero potuti tranquillamente pervenire alla medesima (condivisibile) conclusione anche utilizzando il criterio delle Sezioni unite: appare, invero, *ictu oculi* come entrambe le ipotesi disciplinate dall'art. 624-bis c.p. non siano descritte *per relationem* con la fattispecie base di cui all'art. 624 c.p., bensì in maniera autonoma ed esaustiva.

L'analisi del percorso argomentativo seguito evidenzia, difatti, come la natura di figura autonoma sia stata desunta invocando il debole canone ermeneutico della *interpretazione storica* ed il quanto mai opinabile criterio della *ratio legis*, omettendo ogni riferimento alla sentenza Fedi ed ogni delucidazione circa le ragioni che hanno causato l'abbandono delle indicazioni criteriologiche ivi contenute.

Le poche righe della già succinta parte motiva hanno risolto il dubbio affermando semplicemente che «la abrogazione dell'art. 625, n. 1, c.p. e la contestuale previsione della fattispecie di reato, non aggravata, di furto in appartamento, di cui all'art. 624-bis c.p., è stata determinata proprio dalla maggiore gravità del fatto e dal maggiore allarme sociale suscitato dallo stesso, con la conseguente esigenza di escludere, sul piano sanzionatorio, la comparazione tra la preesistente circostanza aggravante ed eventuali circostanze attenuanti, sicché deve riconoscersi che la nuova previsione normativa costituisce fattispecie autonoma di reato rispetto a quella disciplinata dall'art. 624 c.p.».

A ben vedere, però, il ricorso a tale criterio imperniato sulla analisi retrospettiva delle ragioni della introduzione della novella si rivela irragionevole per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché è privo di alcuna forza euristica dal momento che la originaria *voluntas* del legislatore storico non condiziona l'interpretazione di nessuna norma, menò che mai quella delle fattispecie incriminatrici; in secondo luogo, perché, come già detto, sostituisce senza alcuna plausibile ragione e motivazione il criterio delle Sezioni unite.

Ciononostante, quello che resta, e con cui bisogna fare i conti, è il dato innegabile che le aspirazioni "de-relativizzatrici" delle Sezioni unite sono state disattese dalle singole Sezioni.

La decisione in commento, infatti, per un verso, mette in evidenza una volta di più (se davvero ce n'era ancora bisogno) il persistere delle incertezze interpretative al cospetto di fattispecie incriminatrici di nuovo conio sprovviste di chiari segni linguistici circa la loro natura giuridica, per l'altro, dimostra – come già aveva dimostrato in maniera ancor più eclatante la sentenza in materia di violenza sessuale di gruppo in precedenza richiamata – la impossibilità per la dottrina e per la giurisprudenza (anche a Sezioni unite) di selezionare un criterio univoco di portata generale sempre applicabile in tutti i casi incerti ⁽⁷³⁾.

Se, dunque, questo è lo scenario delineatosi, l'unica alternativa percorribile, allo scopo di dirimere definitivamente le controversie esistenti in merito alla qualifica giuridica delle fattispecie comprensive di elementi specializzanti "anonimi", e di assicurare anche riguardo ad esse le esigenze di certezza del diritto oggi mortificate da inac-

⁽⁷³⁾ Prima della sent. Fedi, cit., in tal senso si era espresso MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 576.

cettabili interpretazioni ondivaghe della giurisprudenza, è quella dell'intervento legislativo esplicito volto a sostituire tutti gli insoddisfacenti criteri ermeneutici di tipo formale o sostanziale, con precisi indicatori di origine normativa.

Solo attraverso l'ancoraggio a dati testuali incontestabili, si può realisticamente pensare di sottrarre una volta per tutte la soluzione del quesito alla mutevole valutazione discrezionale dell'interprete e di evitare che sia quest'ultimo a "creare" il significato normativo della disposizione dalla natura giuridica dubbia ⁽⁷⁴⁾.

7. LE SOLUZIONI PROSPETTATE *DE IURE CONDENDO* DAL PROGETTO GROSSO E DAL PROGETTO NORDIO

Anche la "via" della riforma legislativa, però, non è così piana e retta come si potrebbe pensare. Le alternative che in una prospettiva *de iure condendo* si aprono dinanzi al legislatore per ricomporre questa annosa ed ancora irrisolta questione sono sostanzialmente due: a) quella più agevole, ma pur sempre efficace, della introduzione di un criterio discrezionale formale di tipo normativo nella parte generale del codice; b) quella ben più ardua, almeno per gli ostacoli e le resistenze che incontra sul piano teorico e su quello della tradizione legislativa italiana, della radicale e drastica eliminazione dell'ibrido istituto delle circostanze dal nostro sistema penale.

La prima soluzione è già stata seguita nell'ultimo Progetto di riforma della Parte generale del codice penale, il tanto biasimato Progetto Nordio ⁽⁷⁵⁾.

Esso, infatti, accogliendo quelle indicazioni già da tempo fornite al riguardo da una parte della dottrina in sede di rilettura critica del Progetto Grosso, ha affrontato espressamente il problema e lo ha risolto tracciando, con una norma dal contenuto estremamente lineare e semplice, una precisa linea di demarcazione tra gli elementi circostanziali e gli elementi costitutivi di autonomi titoli di reato.

Se solo si scorre l'articolato del Progetto Nordio ci si avvede immediatamente che l'art. 85 - posto in apertura della sezione dedicata alle circostanze e rubricato "*Tassatività delle circostanze*" - ha diradato ogni questione abbastanza agevolmente, sancendo in due commi speculari che: «1. Sono circostanze del reato quelle denominate tali dalla legge. - 2. Agli effetti della legge penale costituisce titolo autonomo di reato la fattispecie per la quale la legge determina edittalmente la pena» ⁽⁷⁶⁾.

Ora, appare chiaro come, anche senza attendere la (ormai chimerica) integrale ed organica (ri)stesura di tutta la Parte generale del codice, la introduzione da parte del legislatore di una fattispecie redatta sulla falsariga di questo articolo 85 del Progetto Nordio sia oltremodo auspicabile.

Per un verso, una norma del genere porrebbe termine ai tanti dilemmi attualmen-

⁽⁷⁴⁾ A sostegno della necessità di una chiara presa di posizione del legislatore e dell'ancoraggio della distinzione in parola a criteri testuali, cfr. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 469; evidenzia il ruolo creativo svolto in tal caso dalla giurisprudenza, MAIELLO, *Interpretazioni "discrezionali"*, cit., p. 889.

⁽⁷⁵⁾ Per dei primi commenti, fortemente critici, su tale Progetto v. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della Commissione Nordio*, in questa rivista, 2005, p. 4 ss.; PADOVANI, *Una introduzione al Progetto di parte gene-*

rale della Commissione Nordio, ivi, p. 2843 ss.

⁽⁷⁶⁾ Una norma di questo genere era stata immaginata da DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «Progetto Grosso»*, cit., p. 246, più precisamente l'Autore in quella sede aveva suggerito l'introduzione nella parte generale del codice della seguente disposizione: «Le circostanze aggravanti e attenuanti sono previste e nominate espressamente dalla legge. In caso contrario si intendono come elementi costitutivi del reato».

te esistenti circa la qualifica da conferire alle fattispecie dubbie, ovviamente a patto che la sua introduzione sia supportata da una contestuale "ridenominazione" delle fattispecie circostanziali "anonime" oggi contenute nella parte speciale della legislazione penale.

Per altro verso, poi, una fattispecie di questa fatta, una volta innestata nel codice, si armonizzerebbe agevolmente con gli altri istituti e le altre norme preesistenti senza sollevare alcun problema di coordinamento intra-sistematico: avendo un valore meramente definitorio ed enunciativo ma non precettivo e di disciplina, essa non inciderebbe sulla sfera di operatività di queste e non contraddirebbe pregresse scelte politico-criminali.

Sotto altro profilo, infine, una disposizione normativa simile consentirebbe finalmente di sottrarre al giudice l'enorme discrezionalità, oggi delegatagli colpevolmente dal legislatore a causa dei troppi frequenti silenzi, più o meno volontari, in materia di qualificazione (e, quindi, di valutazione) delle circostanze.

8. LA SOLUZIONE DRASTICA: L'ELIMINAZIONE DELLE CIRCOSTANZE

Di recente, una parte avveduta della dottrina, allargando l'orizzonte oltre la specifica questione ora in esame, e tenendo conto degli effetti deleteri che, più in generale, la attuale normativa in materia di circostanze riverbera sulla tenuta di un sistema penale già in crisi per una molteplicità di concause, ha rilevato come, in un'ottica *de iure condendo*, sia preferibile, in luogo di un più mite intervento prettamente "novellistico", un più drastico intervento "abolizionista" volto ad eliminare definitivamente l'istituto delle "circostanze proprie" del reato ⁽⁷⁷⁾.

Per dirla con le parole utilizzate da Giuliano Vassalli in un breve ma incisivo commento a margine della disciplina delle circostanze predisposta dalla Commissione Grosso, a ben vedere, «le circostanze attenuanti ed aggravanti come istituto fondamentale del codice non [dovrebbero] esistere e soprattutto non [dovrebbero] essere ammesse ad operare sull'intero sistema» ⁽⁷⁸⁾.

In particolare, da un lato, si dovrebbero commutare le circostanze "proprie" ad efficacia comune (vale a dire quelle ad efficacia meramente frazionaria) in circostanze "improprie", vale a dire in criteri qualificati di commisurazione intra-edittale della pena da affiancare a quelli già esistenti nell'art. 133 c.p. Dall'altro, si dovrebbero trasformare le circostanze "proprie" ad efficacia speciale (ossia quelle indipendenti ed autonome che determinano la individuazione di una cornice edittale distinta o per *species* della pena o per entità dei limiti edittali) in veri e propri titoli di reato differenziati.

⁽⁷⁷⁾ In favore di una opzione "abolizionista" in materia di circostanze si è espresso chiaramente, MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., p. 471; osservazioni sostanzialmente analoghe sono formulate in una prospettiva *de lege ferenda*, da MANNA, voce *Circostanze*, cit., p. 15; VALLINI, voce *Circostanze*, cit., p. 51. Propendono solo

parzialmente per tale soluzione, DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 231 e FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 375. Di diverso avviso è MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 777.

⁽⁷⁸⁾ VASSALLI, *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., p. 401.

Il legislatore, quindi, dovrebbe operare su due piani distinti, ma tra loro complementari: sotto un primo profilo (effettuando, peraltro, un atteso ritorno alle antiche, ma ancora attuali, idee illuministiche), dovrebbe far degradare le circostanze a meri criteri nominati di commisurazione giudiziale della pena con efficacia rigorosamente intra-edittale, sulla falsariga delle *Strafzumessungsgründe* del § 46 del BGStB⁽⁷⁹⁾; sotto altro profilo, dovrebbe considerare sempre (anziché circostanze ad efficacia speciale) elementi costitutivi di autonome norme incriminatrici (di norme, vale a dire, dotate di una propria ed adeguata forbice sanzionatoria), tutti quei requisiti ulteriori rispetto alla fattispecie base, in relazione ai quali si avverte l'esigenza di commisurare, già a livello normativo, una reazione punitiva differenziata *in melius* o *in peius*.

Detto altrimenti: le circostanze non dovrebbero scomparire del tutto, determinando la irragionevole eliminazione della possibilità (costituzionalmente imposta dall'art. 27, comma 3, Cost.) di individualizzare al meglio la risposta punitiva nei confronti dell'autore del reato: dovrebbero solamente cambiare veste giuridica.

In ogni caso secondo il corretto avviso di questi Autori, una soluzione di questo genere (sebbene sia in fondo meno drastica di quanto possa sembrare *prima facie*), proprio per il suo "alto impatto" sul sistema penale (diversamente da quella neutra di tipo "definitorio" prima analizzata), non potrebbe essere adottata isolatamente; ma dovrebbe, al contrario, essere varata all'interno di una organica e razionale riforma dell'intero apparato sanzionatorio. Essa, invero, come è stato ben rilevato, presupporrebbe, contestualmente, «un'accurata tipicizzazione delle fattispecie, una ragionevole definizione dei loro limiti edittali ed un funzionale meccanismo generale di commisurazione orientato a scopi e valori costituzionali»⁽⁸⁰⁾. La sua attuazione, cioè, sarebbe possibile solo in combinato disposto con una ponderata e proporzionata (ri)calibratura delle cornici di pena dei singoli reati, vera causa, queste ultime, per il loro eccessivo rigore repressivo di marca fascista, della iper-valutazione nelle economie del sistema attuale delle circostanze⁽⁸¹⁾.

8.1. (Segue). Le ragioni che militano a favore di tale soluzione

A sostegno di questa "rivoluzionaria" opzione politico-criminale sono, peraltro, addotte molteplici e comprensibili ragioni.

In primo luogo, si osserva che l'eliminazione delle circostanze consentirebbe il recupero delle istanze di certezza del diritto, la semplificazione del sistema sanzionatorio ormai "collassato"⁽⁸²⁾ ed il rafforzamento della perduta funzione general-preventiva positiva delle norme incriminatrici.

⁽⁷⁹⁾ Per una completa indagine comparatistica in materia di circostanze, con specifico riferimento al sistema penale tedesco ed al § 46 del BGStB, si rinvia (anche per ulteriori riferimenti bibliografici) a MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 315 ss.; PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, cit., p. 59 ss.

⁽⁸⁰⁾ Così, MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio*, cit., p. 472.

⁽⁸¹⁾ Sul punto si rinvia per tutti a PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, cit., p. 1 ss.

⁽⁸²⁾ Ben evidenziato il patologico stato di "disintegrazione" e di perdita di effettività del nostro sistema sanzionatorio, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 423 ss.; GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento sanzionatorio*, ivi, 1998, p. 414 ss.; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, ivi, 2000, p. 160 ss.

Oggi difatti, a causa dell'efficacia extra-edittale delle circostanze (ma anche del proliferare di misure alternative, di riti speciali e di fattispecie premiali) si assiste ad un fenomeno di palese "falsificazione" delle cornici edittali e, dunque, dei giudizi politico-criminali di graduazione della risposta punitiva operati in via generale ed astratta dal legislatore in base al disvalore sociale del fatto: troppo spesso la pena commisurata ed irrogata dal giudice all'esito di un'attività estremamente discrezionale è ben diversa da quella prevista *ex lege* dalla forbice edittale.

In secondo luogo, in tal modo si ridurrebbe drasticamente il poter discrezionale del giudice in sede di commisurazione della pena, vincolandolo, per quanto attiene agli esiti della decisione, al rispetto dei limiti massimi fissati dal legislatore e, per quel che concerne le modalità di valutazione, ai tanti, tassativi criteri rappresentati dalle c.d. circostanze improprie.

Ancora, la soppressione delle circostanze garantirebbe un notevole recupero di precisione nel momento legislativo di redazione delle fattispecie incriminatrici, mettendo fine alla deprecabile tendenza oggi invalsa a costituire fattispecie incriminatrici sempre meno precise chiuse da circostanze ancor meno determinate. Si pensi per tutti all'esempio del delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., dove la fattispecie base descrive con una espressione onnicomprensiva e generica la condotta incriminata (compiere atti sessuali) e l'ipotesi circostanziata consente al giudice di ridurre la pena edittale per essa prevista addirittura fino a due terzi nei "casi di minore gravità". Appare chiaro che se il legislatore non avesse avuto a disposizione nel suo "armamentario giuridico" le circostanze sarebbe stato costretto a tipizzare in maniera distinta in due autonome fattispecie incriminatrici maggiormente determinate le ben diverse condotte (anche sotto il profilo dell'offesa al bene tutelato) della vera e propria violenza sessuale e delle semplici molestie sessuali, evitando di sussumere in un unico titolo di reato dai confini incerti condotte fortemente differenti quali lo stupro ed il c.d. "bacio rubato".

Inoltre, tale opzione permetterebbe la risoluzione anche del problema teorico esistente in merito alla funzione delle circostanze, vale a dire il dubbio sul fatto se esse esercitino una funzione teoretica ed incidano sul piano della determinazione legale della pena, ovvero se esplichino una mera funzione pratica ed incidano solamente sul momento applicativo della commisurazione giudiziale della pena ⁽⁸³⁾.

La loro trasformazione da circostanze "proprie" in circostanze "improprie" qualificate, cioè, in criteri di commisurazione della pena identici a quelli attualmente previsti dall'art. 133 c.p., sancirebbe la loro definitiva sottrazione all'area della teoria generale del reato e, viceversa, la loro pacifica sussunzione nella sfera della commisurazione giudiziale della pena.

Senza trascurare che seguendo questa via si ridurrebbero sensibilmente quei problemi di *bis in idem* sostanziale sovente implicati dalle circostanze a causa della loro ibrida natura e della loro funzione meramente specializzante di dati già contenuti nella fattispecie base.

Infine, in tal modo si darebbe finalmente piena attuazione al principio di colpevo-

⁽⁸³⁾ In argomento si veda quanto già detto in precedenza al § 2 e la bibliografia ivi citata alla nota n. 12.

lezza evitando l'assurdo attualmente esistente di imputare nelle fattispecie dolose le circostanze aggravanti a titolo colposo, anziché doloso come tutti gli altri elementi costitutivi essenziali.

Insomma, forse, a conti fatti, proprio questa alternativa drastica di "rottura con il passato" legislativo italiano, sembrerebbe essere la strada da dover intraprendere per poter risolvere una volta per tutte la questione sulla distinzione fra circostanze del reato ed elementi costitutivi.

Resta solo un ostacolo da superare, forse, il più insormontabile: la tradizione.