

Una breve nota introduttiva

Oggetto e finalità dell'indagine

Nonostante l'attuale conformazione del reato, integralmente sbilanciata sui fatti di corruzione "comune", non consenta di apprezzarlo, in realtà la storia del delitto di corruzione è in qualche modo la storia della corruzione in atti giudiziari, che ha da sempre rappresentato il "tipo normativo" sul quale si è poi modellata la successiva legislazione penale, progressivamente tesa a costruire un apparato repressivo a più ampio respiro in grado di fronteggiare un fenomeno criminoso, la cui sempre più accentuata diffusività e virulenza reclamano da tempo il soccorso di strumenti diversi dal solo presidio offerto dalla norma incriminatrice¹.

Lo stesso diritto penale romano, che presentava più di altri le caratteristiche di un sistema normativo compiuto, aveva focalizzato l'attenzione proprio sulla necessità che i magistrati si astenessero da ogni turpitudine ed, in particolare, dalla ricezione in un anno di donativi superiori ai cento aurei².

¹ Da tempo la dottrina più autorevole segnala la necessità di un potenziamento del fronte *preventivo*, peraltro raccomandato dalle stesse istituzioni europee ed internazionali, che trovi effettiva realizzazione attraverso un rafforzamento degli strumenti amministrativi, quali la prevenzione del conflitto di interessi, la revisione della disciplina dei lavori pubblici, una maggiore effettività del sistema disciplinare ed una più accentuata valorizzazione della trasparenza. Per tutti si legga F. PALAZZO, *Conclusioni per una disciplina 'integrata' ed efficace contro la corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, p. 95 ss.; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012. Sottolinea la necessità di una riforma di 'sistema', che coinvolga anche i reati societari e tributari, pure A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 133 ss., in part. p. 150.

² Si fa riferimento alla *Lex Iulia de repetundis*, promulgata da Caio Giulio Cesare nel 59 a.C., che precisava altresì come non si dovesse percepire alcunché per far condannare o assolvere un uomo; per mandare un uomo in prigione, legarlo, ordinare che sia legato o per farlo uscire dal carcere; per stabilire l'ammontare di una causa o per promuovere o non promuovere un giudizio con pena capitale o con pena pecuniaria.

La centralità assegnata alla corruzione in atti giudiziari dai più evoluti ordinamenti del passato non trova però corrispondenza nell'attuale assetto predisposto dal legislatore italiano che, oramai consapevole, da un lato, della forza degenerativa e della capacità di disgregazione della realtà economico-sociale che la corruttela è in grado di esprimere³ e sollecitato, dall'altro, dall'indifferibile esigenza di conformarsi agli strumenti internazionali ai quali il nostro paese ha aderito⁴, non esita, in questo specifico settore della criminalità, a far sentire la propria voce riformatrice, anche in misura probabilmente ipertrofica e perennemente emergenziale, senza che tuttavia questo incessante attivarsi "coinvolga" anche il delitto di cui all'art. 319 *ter* c.p. Esso, sino ad oggi, è rimasto infatti ai margini delle novelle legislative ed è stato chiamato in causa soltanto per un'ineludibile istanza di adeguamento della risposta sanzionatoria, che preservi da irragionevolezza e disarmonie originate dalle plurime innovazioni apportate alle fattispecie limitrofe.

E se non si può che convenire sulla sostanziale inadeguatezza dello sforzo interpretativo, tutto proteso alla ricerca di criteri che consentano di 'fissare' il perimetro applicativo di una fattispecie dalla legalità "mobile", rispetto alla vastità e all'incessante dinamismo criminologico delle pratiche corruttive⁵, ciò non toglie che l'ontologica esiguità dei mezzi a disposizione del giurista rischi di trasformarsi in vera e propria impotenza al cospetto di una norma così mal strutturata che, nel misurarsi con la realtà applicativa, ha da tempo mostrato profili di criticità nient'affatto fisiologici, i quali avrebbero non solo suggeriti-

³ Nel tempo sono sensibilmente aumentati gli studi a carattere sociologico e criminologico, finalizzati ad offrire un inquadramento della corruzione che vada al di là dei profili squisitamente giuridici. Solo a titolo esemplificativo si possono citare i lavori di A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Milano, 2008; M. ARNONE-E. ILIOPULOS, *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005; V. SCORDAMAGLIA, *La corruzione malattia della democrazia*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 65 ss.; G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 775 ss.; G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003; ID., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 476.

⁴ OECD, *Anti Bribery Convention*, 17 dicembre 1997; COUNCIL OF EUROPE, *Civil law Convention on Corruption*, Strasburgo, 4 novembre 1999; UNITED NATIONS, *United Nations Convention against Corruption*, 31 ottobre 2003; DECISIONE QUADRO 2003/568/GAI, 23 luglio 2003; GRECO, *Join First and Second Evaluation Round*, 2 luglio 1999; GRECO, *Compliance Report on Italy*, 27 maggio 2011; GRECO, *Third Evaluation Round*, 23 marzo 2012.

⁵ F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3389.

to ma addirittura imposto una complessiva rivisitazione della norma, se non altro quale *complemento* di un intervento settoriale che ha profondamente inciso su disposizioni ad essa strettamente collegate.

Diversamente, il legislatore, insensibile alle sollecitazioni provenienti da una “eloquente” verifica prasseologica, ha ritenuto di mantenere inalterato il precetto di una fattispecie incriminatrice che, originariamente plasmata attorno al richiamo integrale ai delitti di corruzione ‘comune’, continua a tutt’oggi a presentarsi con una formulazione *per relationem*. Ed è proprio questo che la condanna ad essere ricettacolo di vecchi e nuovi dubbi interpretativi, riservando nel contempo uno spazio di manovra al giudice del tutto inaccettabile in un sistema che dovrebbe fare della determinatezza del contenuto normativo uno dei suoi principi cardine, posti a garanzia della libertà dei consociati.

È nel contesto così succintamente tratteggiato che si inserisce la nostra indagine, il cui obiettivo è quello di calare la corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato, facendone emergere i più significativi nodi problematici nel solco di una direttrice che si svilupperà essenzialmente attorno ai tre poli rappresentati: a) dall’inquadramento come fattispecie autonoma o come circostanza aggravante, perché a me pare che il tema, nonostante le certezze manifestate sul punto dalla giurisprudenza e dal più articolato, ma non meno consolidato, orientamento della dottrina – entrambe concordi nel ritenere che si tratti di un titolo autonomo di reato – necessiti di essere rimeditato alla luce di una rivalutazione degli indici ermeneutici posti a fondamento della soluzione univocamente prospettata nonché di una più generale verifica di ‘sistema’, in parte stimolata anche dalle modifiche introdotte dalle riforme con specifico riferimento alla risposta sanzionatoria;

b) dalla necessità di una più compiuta delineazione del perimetro di tipicità della fattispecie, che risente in misura assai penetrante del vizio “genetico” costituito dall’inopinato ricorso alla tecnica del rinvio.

In altre parole, il “cordone ombelicale” che ancora tiene legata la corruzione in atti giudiziari alle altre ipotesi di corruzione è d’ostacolo ad una puntuale individuazione degli elementi costitutivi del tipo criminoso, che sembra dunque destinato a rimanere avvolto in un cono d’ombra, che abbraccia indistintamente i soggetti attivi e la condotta, precipitato, quest’ultima, della reazione del legislatore dinanzi all’evoluzione della corruzione da “burocratica” a “politico-affaristica” e che ha aperto le porte del sistema alla corruzione *per la funzione* quale variante della corruzione per l’atto. Le incertezze che accompagnano la nuova incriminazione, stretta tra l’esigenza di sottrarre all’interprete il primato nel reprimere l’asservimento integrale del *munus publicum* agli interessi privati ed una modulazione sanzionatoria che fosse proporzionata al liquefarsi dell’offesa al buon andamento ed all’imparzialità nell’impe-

rativo etico ed eticizzante della *non venalità*, si riflettono specularmente sulla norma *ad quem*, della quale amplificano le già esistenti difficoltà indotte dalla combinazione tra un atto conforme ai doveri di ufficio e la finalità di “favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo”, attorno a cui ruota la specialità della disposizione. Né, d’altro canto, può dirsi “investito” da un fascio di luce neppure quest’ultimo elemento che, oltre a sollevare ordinari dubbi esegetici sulla capacità di prensione delle nozioni di “parte” e di “processo” e su che cosa debba intendersi per “favore” o per “danno”, porta con sé un ulteriore carico di conflittualità una volta messo a confronto con il principio di offensività, come del resto accade ad ogni reato a dolo specifico differenziale;

c) dalla ricostruzione della relazione sussistente tra la corruzione in atti giudiziari ed il delitto di intralcio alla giustizia, da un lato, ed il delitto di falsa testimonianza, dall’altro, che sia frutto di una corretta applicazione dei criteri solutori assunti a regolamentare il fenomeno della convergenza tra norme e che hanno oramai trovato definitiva consacrazione anche presso la più recente giurisprudenza di legittimità.

Il fatto, poi, che la corruzione in atti giudiziari condivide con la corruzione comune le difficoltà di emersione dovute ad un atteggiamento di generale indifferenza e di più specifica omertà derivante dalla comune sorte sanzionatoria a cui vanno incontro le parti dell’accordo ha indotto il legislatore del 2015 ad includerla opportunamente tra le norme alle quali può rivolgersi la circostanza attenuante ad effetto speciale c.d. della *collaborazione processuale*, con la quale si assegna rilievo, sia pure parziale, alla fase del *post fatto*, muovendosi in una prospettiva di premialità ‘ridotta’ ma pur sempre incentivante condotte *lato sensu* antagonistiche rispetto a quelle penalmente significative e che si sostanziano nel virtuoso connubio tra ravvedimento sostanziale, per un verso, ed efficace contributo all’accertamento del fatto o all’identificazione dei responsabili, per l’altro.

Benché, in nome dell’effettività della misura, non ci sia spinti sino alla previsione di una causa di non punibilità nel più o meno condiviso convincimento che una scelta di politica criminale così radicale avrebbe compromesso l’efficacia dissuasiva delle norme incriminatrici, resta impregiudicato che la convivenza tra premialità e funzioni della pena non sia priva di ostacoli, come plasticamente segnalato dalla formula, almeno in apparenza *ossimorica*, di diritto penale premiale, che impone di declinare in quali esatti termini premio e pena possano coesistere.

Infine, con il dichiarato obiettivo di impedire che i delitti in materia di corruzione, ivi compresa la corruzione in atti giudiziari, risultino fruttiferi per l’intraneo, si è di recente allestito un armamentario

‘sanzionatorio’ avente funzione *afflittivo-propulsiva* della restituzione dei proventi del reato, nel quale confluiscono norme repressive a fondamento sostanziale (l’inedita misura della riparazione pecuniaria che si combina con la previsione di una peculiare figura di sospensione condizionale della pena, obbligatoriamente subordinata, sin dalla sua prima concessione, alla rifusione di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale) e più rigorose disposizioni processuali (si impedisce l’accesso al rito del patteggiamento in difetto di una restituzione *integrale* del prezzo o del profitto derivanti dal reato), che suscitano riserve di non poco momento sulla loro capacità di adattamento ad istituti già presenti nel sistema, come la confisca, e sulla loro compatibilità con un pieno esercizio del diritto di difesa.

CAPITOLO I

La natura giuridica della corruzione in atti giudiziari tra fattispecie autonoma e circostanza aggravante

SOMMARIO: 1. Una rivalutazione della questione relativa alla natura giuridica della corruzione in atti giudiziari a seguito della riforma “Severino” e della L. 27 maggio 2015, n. 69: le immutate ricadute pratico-applicative della soluzione. – 2. La “gerarchizzazione” dei criteri solutori: gli indici di stampo formale. – 2.1. Gli indici aventi natura *sostanziale o strutturale*. – 2.2. Gli indici “residuali” e quelli “peculiari” alla corruzione in atti giudiziari derivanti dal ricorso allo strumento dell’*interpretazione sistematica*: gli argomenti a favore della tesi della natura di fattispecie autonoma. – 2.3. L’asserita inesistenza delle c.d. aggravanti delle aggravanti e la necessità di un loro inquadramento dogmatico-sistematico. – 2.4. La relazione strutturale tra il comma 1 ed il comma 2 dell’art. 319 *ter* c.p. – 2.5. Gli argomenti a favore della tesi della natura circostanziale. – 2.6. La necessaria presa d’atto della mancata previsione dell’istigazione alla corruzione in atti giudiziari quale precipitato della qualificazione come fattispecie autonoma e le possibili soluzioni. – 2.7. L’impossibilità di far seguire alla condanna per corruzione in atti giudiziari l’applicazione della pena accessoria dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. – 3. La necessità di ricorrere ad un’interpretazione “tipologicamente orientata” quale strumento ermeneutico per risolvere il problema della qualificazione di fattispecie “ostinatamente” dubbie.

1. Una rivalutazione della questione relativa alla natura giuridica della corruzione in atti giudiziari a seguito della riforma “Severino” e della L. 27 maggio 2015, n. 69: le immutate ricadute pratico-applicative della soluzione

Non è in discussione, al di là della condivisione o meno delle scelte adottate e delle ragioni che le hanno sostenute, che la L. n. 190/2012, contenente “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, abbia inciso profondamente sul tessuto normativo dei delitti di concussione e cor-

ruzione, innovandolo rispetto al passato nella prospettiva, peraltro comune alla maggior parte delle riforme in materia di giustizia, di assicurare strumenti di maggiore efficacia nella repressione, ma ivi ancor prima nella prevenzione, di fenomeni di particolare insidiosità e diffusione nell'apparato socio-economico del paese¹.

Non interessa in questa sede declinare, neppure per cenni, le modalità in cui si articola il nuovo assetto, ancor meno evidenziandone progressi e lacune, affinamenti di disciplina e perplessità.

Ciò che qui deve essere segnalato quale dato da cui muovere le prime riflessioni, ancorché per lo più trascurato al cospetto di un intervento riformatore che ha catalizzato l'attenzione degli interpreti sul cuore della riforma – coincidente con l'epicentro (concussione e corruzione) dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – è che la corruzione in atti giudiziari, fatta eccezione per un marginale ritocco *in peius* del trattamento sanzionatorio, è rimasta ancorata alla sua previgente formulazione, quasi che non fossero emerse, negli anni, criticità a tal punto significative, da addirittura suggerire a taluno, come vedremo, un *non liquet* rispetto a questioni allo stato non risolvibili o comunque passibili di soluzioni fortemente opinabili.

L'innalzamento della pena che ha interessato, anzitutto, il primo comma – ove si è proceduto con l'aumento circa di 1/3 del minimo e del massimo edittale – ha trovato peraltro simmetrico riscontro in un generalizzato irrigidimento della risposta sanzionatoria, che ha coinvolto tanto la riformata concussione, quanto la nuova figura della corruzione per l'esercizio della funzione e la corruzione propria, riducendo sensibilmente lo scarto tra la corruzione in atti giudiziari e le altre forme di corruzione, tra cui, segnatamente, la corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio. Se, infatti, prima della novella, la pena prevista per il reato di cui all'art. 319 *ter* c.p. eccedeva in misura superiore alla metà rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art. 319 c.p., a seguito della riforma del 2012 il minimo edittale era divenuto addirittura coincidente, concentrandosi la differenza soltanto sul massimo edittale, peraltro ridotta a meno di 1/3.

¹ Si leggano in proposito le allarmanti "cifre" sulle dimensioni e sui costi della corruzione in Italia riportate da E. DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee e spunti critici*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 154 ss., tenendo conto delle stime delle Corte dei conti, della classifica stilata da *Transparency International*, che si avvale del c.d. *Indice di Percezione della Corruzione (Corruption Perception Index)* e delle indicazioni provenienti dalla Banca mondiale attraverso le ultime rilevazioni del *Rating of control of corruption (RCC)*. Sul punto si veda anche R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n. 190 e le politiche ancora necessarie*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2013, pp. 2-3.

Nello stesso senso si è proceduto a meno di tre anni di distanza con la L. 27 maggio 2015, n. 69, con la quale, al netto dell'introduzione di misure tese a contrastare più efficacemente la piaga della corruzione, sia sotto il profilo dell'implementazione degli strumenti di acquisizione probatoria che sul fronte del recupero delle somme oggetto dell'illecito, si è ulteriormente inasprita la risposta sanzionatoria, intensificando, proporzionatamente, le pene della corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), della corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.) e della corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.), sia pure mantenendone inalterata la distanza in una prospettiva di raffronto comparativo. Infatti, in via esemplificativa, a fronte di una forbice edittale per la corruzione propria che si attestava su di un minimo di 4 anni e si spingeva sino ad un massimo di 8 anni di reclusione, si contrapponeva quella della corruzione in atti giudiziari, identica, come detto, nel minimo ma più elevata nel massimo, allora previsto in 10 anni; essendosi, con la L. n. 69/2015, innalzata la pena per la corruzione propria da 6 a 10 anni, si è corrispondentemente intervenuti su quella della corruzione in atti giudiziari, corroborando la scelta nel senso di un'*identità* del minimo edittale e di un aumento del massimo in misura non soltanto inferiore ad 1/3 ma ancora meno significativo rispetto a quello fissato con la riforma del 2012.

La constatazione che precede, consegnando all'interprete – come avremo modo di precisare meglio – utili indicazioni ai fini di una ricostruzione dell'assetto *tipologico* nel quale la norma viene inserita, ci introduce alla prima delle direttrici tematiche attorno alle quali si svilupperanno le nostre considerazioni, la quale, riguardando il *prius* dell'inquadramento dogmatico della norma tra fattispecie *autonoma* e fattispecie *circostanziale*, non può che precedere ogni altra questione problematica, per di più condizionandone gli esiti.

Trattandosi, come risaputo, di un tema di ampio respiro, che da molto tempo si è conquistato uno spazio tra le “costant(i)del pensiero giuridico penale”², lo affronteremo recuperando, in estrema sintesi,

² Così F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 1019. Sottolinea come la nascita della problematica ricerca di un valido criterio discrezionale tra elementi essenziali ed elementi circostanziali coincida con la collocazione, da parte del Codice Rocco, delle circostanze nell'ambito della teoria generale del reato, quali sue forme di manifestazione, non essendosi palesata sino ad allora alcuna necessità di tracciare una linea di confine tra elementi tra loro fortemente eterogenei, attenendo le une in via esclusiva alla sfera della commisurazione giudiziale della pena, con efficacia rigorosamente intraedittale e gli altri alla struttura del reato e dunque soltanto essi in grado di incidere sulla valutazione legale del disvalore del fatto, G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2819-2820.

l'approccio "generalizzante" seguito dalla altrettanto nota giurisprudenza delle Sezioni unite della Suprema Corte³, per poi calarlo nello specifico contesto della fattispecie in esame, con l'obiettivo di sottoporre a vaglio critico le argomentazioni di volta in volta sostenute a favore dell'una o dell'altra delle soluzioni prospettabili, valutandone la tenuta e misurandone la fondatezza alla luce, in ultima analisi, di un duplice criterio ermeneutico di tipo sia "sistematico" che – come chiariremo nel prosieguo – "tipologico".

Ribadito che, sul piano *ontologico*, vi è assoluta *identità* tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali, nel senso che non è riscontrabile alcuna differenza dal punto di vista della realtà fenomenico-naturalistica, che si ponga come *preesistente* rispetto all'inquadramento di volta in volta operato dal legislatore⁴, ciò non toglie, come da più parti evidenziato⁵, che tale distinzione conservi a tutt'oggi interesse in punto di *disciplina*, non solo *sostanziale* ma anche *processuale*, sebbene l'incessante susseguirsi di modifiche legislative abbia finito, non si sa con quale grado di consapevolezza, per mitigare i termini della contrapposizione con riguardo all'effetto che possiamo definire, senza esitazioni, *principale*.

³ Ci si riferisce, ovviamente, a Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *C.E.D. Cass.*, n. 221663.

⁴ A tacer d'altro, è l'ordinamento stesso che trasmette inequivoci segnali in questa direzione, poiché basta leggere gli artt. 61, 62 e 84 c.p. per rendersi conto che uno stesso elemento può essere indifferentemente qualificato in un senso o nell'altro, a seconda dell'arbitrio del legislatore. Opinione assolutamente condivisa in dottrina da, tra i molti, G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 14, che dimostra come vi siano circostanze riferibili ad *ogni singolo elemento strutturale* di fattispecie, potendo attenersi tanto alla condotta, quanto all'evento, sia all'oggetto materiale che al soggetto passivo, ai rapporti offeso-colpevole ma anche al *locus commissi delicti*, ecc.; G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze*, Napoli, 1963, p. 172 ss.; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, p. 29; T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 189, che precisa come la "legge esclud[a] a priori che la disposizione circostanziale sia identificabile in rapporto al suo contenuto intrinseco"; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origini, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 563; D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 679, nota 61.

⁵ Tra gli altri ancora G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p. 7; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, *Profili dogmatici*, Milano, 1988, p. 12; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 799; L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.*, 1974, p. 360; F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1567.

1) Quando ci si occupa della rilevanza pratica dell'individuazione della natura giuridica della fattispecie, si prendono infatti inevitabilmente le mosse dal *giudizio di bilanciamento*, in quanto istituito, da un lato, qualificante ogni figura circostanziale e dall'altro estraneo agli elementi costitutivi, sottratti per definizione a qualsiasi forma di valutazione comparativa.

Che si tratti dell'effetto "essenziale" degli elementi "accidentali"⁶ è facilmente percepibile dalla sua stessa capacità di inficiare il ragionamento, registrandosi non di rado, nel procedimento di inquadramento di un elemento dalla dubbia collocazione, un'indebita sovrapposizione tra interpretazione e risultato che si intende conseguire, nel dichiarato intento di ovviare ad una conseguenza che, determinando in concreto la *scomparsa* di quella parte dell'addebito (poiché assorbito da un giudizio di prevalenza o equivalenza di concorrenti attenuanti), porterebbe con sé, quale logico corollario, un sostanziale ridimensionamento, per via ermeneutica, del disvalore di figure criminose in realtà tutt'altro che bagatellari.

A ben vedere, lo strumento attraverso il quale ci si assicura che quella fattispecie venga sottoposta ad un dosaggio sanzionatorio non "inquinato" dal bilanciamento viene elevato a vero e proprio criterio discretivo e di regola identificato con la formula *intentio* o *ratio legis*, con la quale ci si riferisce a quell'opera di ricostruzione della volontà del legislatore storico soprattutto in presenza di interventi novellistici che siano stati dettati da chiare finalità repressive (o, se si vuole, simbolico-espressive), come paradigmaticamente nel caso dell'art. 2 della L. 26 marzo 2001, n. 128, con cui, inaugurando un decennio fecondo di c.d. "pacchetti sicurezza", è stata introdotta la "nuova" fattispecie di furto in abitazione di cui all'art. 624 *bis* c.p.⁷

Tuttavia, anche al di là della dubbia validità euristica di un criterio "geneticamente" contaminato dal risultato che si intende realizzare, è stato da più parti precisato come le apprezzabili ragioni di politica cri-

⁶ Nella nozione "tradizionale", qui recepita, di elementi che non rilevano per l'esistenza del reato, che è stata tuttavia di recente oggetto di rivisitazione critica, essendosi al contrario osservato come le circostanze sarebbero elementi *estranei* al reato *semplice* ed *essenziali/costitutivi* di quello *circostanziato*, inteso come reato *diverso* ancorché *dipendente* dal reato base. Cfr., in tema, A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 646 ss.

⁷ Cfr., in questi termini, Sez. IV, 19 settembre 2006, n. 36603, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2814; Sez. IV, 27 aprile 2006, n. 14512, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 978; Sez. IV, 8 marzo 2005, Stojanovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 230970. Sulla natura di fattispecie autonoma v. anche Sez. V, 19 maggio 2011, n. 26259, in *Guida dir.*, 2011, n. 32, p. 92, che qualifica il furto in abitazione come "reato complesso, nella cui struttura sono presenti gli elementi costitutivi dei reati di furto e di violazione di domicilio".

minale che stanno alla base di certi interventi legislativi possano fare ingresso nel sistema soltanto se si traducono nell'*oggettiva volontà* della legge e non se rimangono confinate nelle *intenzioni* del legislatore, che debbono pur sempre confrontarsi con la tecnica di formulazione della fattispecie, senza trovare comunque valorizzazione anche a costo di manipolazioni esegetiche⁸.

D'altra parte, il timore di un eccessivo clemenzialismo giudiziario, foriero di minimizzazioni del trattamento sanzionatorio ad onta delle scelte legislative, si è palesato nella sua attualità soltanto dopo la riforma del 1974⁹, perché prima il vero spartiacque, dal punto di vista della risposta punitiva, era tra circostanze *ordinarie*, da una parte, e circostanze *indipendenti* od *autonome* e reati-base, dall'altra¹⁰.

Fatte oggetto quest'ultime, assieme alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, del giudizio di bilanciamento, la distanza tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali si è svelata in tutta la sua concretezza, senza che tuttavia si inserisse in un contesto che fosse in grado di accoglierla.

⁸ Così Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, cit.; Sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2995. Nonché F. COPPI, *Appunti in tema di "malversazione a danno dello Stato" e di "truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche"*, in M.C. BASSIUNI-A.R. LATAGLIATA-A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, Milano, 1991, I, p. 575 ss. E, recentemente, Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, in *Guida dir.*, n. 48, p. 68 ss., in tema di rilevanza penale, dopo l'entrata in vigore della L. n. 69/2015, della bancarotta impropria da reato societario, la quale ha considerato l'espunzione, dal testo degli artt. 2621 e 2622 c.c., dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*" una parziale *abolitio criminis* delle condotte che si sostanzino in un'attività "valutativa", perché un'interpretazione che faccia buona applicazione dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12 Disp. gen. non può trascurare le concrete modalità con le quali il legislatore è giunto alla tipizzazione del fatto e ad alla trasposizione della volontà in previsione normativa. Invoca pur sempre il canone esegetico della *voluntas legis* come "obiettivizzata" e "storicizzata" nel testo vigente, ma perviene alla soluzione opposta a quella propugnata dalla sentenza che precede, ritenendo che quella proposizione, avente natura meramente "concessiva", preceduta dalla congiunzione "ancorché", abbia finalità ancillare e soltanto esplicativa del nucleo sostanziale della proposizione principale e sia dunque ininfluenza in quanto superflua ai fini della ricostruzione del significato di quest'ultima, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, in *Guida dir.*, 2016, n. 7, p. 82 ss. Hanno, da ultimo, risolto il contrasto interpretativo le Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474 (in www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016 con nota di DI PIVA, *Le Sezioni unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*), optando per la rilevanza penale del c.d. falso valutativo.

⁹ Si tratta del D.L. 11 aprile 1974, n. 99.

¹⁰ In questo senso anche G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p. 10.

Se quanto sin qui detto conserva intatti indubbi profili di verità, non ci si può tuttavia esimere da un'osservazione ulteriore, che può risultare utile a mitigare la "serietà" di un problema che, allo stato come sarà più chiaro nel prosieguo, appare ancora privo di soluzioni a carattere generale.

Da un lato, è opinione comune che la propensione a qualificare un elemento come circostanziale tenda a soddisfare esigenze *equitative* del trattamento sanzionatorio, temperandone il rigore, come evidente dal fatto che, se ricorrono soltanto circostanze attenuanti, esse vengono imputate per il mero fatto di esistere, dando senz'altro luogo ad una diminuzione di pena; se invece concorrono con circostanze aggravanti, l'esito del giudizio di valenza, ove sia riconosciuta la loro equivalenza, conduce all'elisione della portata degli elementi di segno contrario o addirittura ad una diminuzione di pena, ove risultino prevalenti.

All'opposto, la scelta per la natura costitutiva di un determinato elemento di fattispecie è per lo più funzionale a soddisfare esigenze *afflittivo-preventive*, proprio perché, sottraendosi al giudizio di bilanciamento, esso, a condizione che sia soggettivamente riferibile al soggetto, troverà *indefettibile* applicazione, sia pure con eventuali mitigazioni di pena derivanti dal concorso di circostanze attenuanti.

Nondimeno, l'insipienza del legislatore, incapace di approvare una riforma organica dei reati e delle pene, ha di fatto concorso ad attribuire all'interprete sin dal 1944¹¹ un ruolo di vera e propria supplenza politica, che si è concretizzato, almeno in un primo momento, in una progressiva "rimodulazione giudiziaria" dell'asprezza di cornici editali di fattispecie di stampo autoritario di sempre più ardua armonizzazione con la Carta costituzionale. Sembra, infatti, che negli ultimi tempi si sia intrapreso un percorso diverso, scandito dalla necessità di assecondare istanze securitarie a connotazione *emotivo-emergenziale*, che hanno inciso profondamente anche sull'istituto delle circostanze, contribuendo, in qualche misura, ad un loro riavvicinamento, anche in punto di disciplina, agli elementi costitutivi.

È infatti a muovere dall'approvazione della L 5 dicembre 2005, n. 251, a tutti nota come *ex Cirielli*, che si introducono significative deroghe al bilanciamento, agendo direttamente sull'art. 69 c.p., quando già in anni precedenti si era, a più riprese, provveduto a dar vita ad un modello c.d. di *blindatura* delle circostanze¹², che poi verrà ripro-

¹¹ Si fa riferimento al D.Lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 288, con cui vengono reintrodotte le circostanze attenuanti generiche.

¹² La prima circostanza blindata che si conosce si deve alla legislazione speciale antiterrorismo (art. 1, comma 1, D.L. 15 dicembre 1979, n. 62, recante "Misure

dotto a tappeto dai c.d. “pacchetti sicurezza” del 2008 e del 2009¹³.

Con la modifica dell’art. 69, comma 4, c.p., si è operato apponendo un *vincolo all’esito* del giudizio di comparazione tra recidiva reiterata (e le circostanze inerenti alla persona del colpevole di cui agli artt. 111 e 112, comma 1, n. 4, c.p.) e le concorrenti attenuanti, che si sostanzia in una presunzione assoluta di commisurazione legale della pena, in forza della quale circostanze di segno opposto che concorrano con la circostanza (aggravante) *privilegiata* non possono spiegare i loro effetti attenuanti, anche qualora si tratti di circostanze ad *efficacia speciale*, potendo al più essere riconosciute come equivalenti ma giammai come prevalenti.

Tale meccanismo di blindatura, a differenza di quello più invalso e maggiormente utilizzato dal legislatore, non ha ad oggetto la *singola circostanza* ma il *giudizio di bilanciamento* stesso, di talché alla circostanza privilegiata si riconosce una forza *trainante* (solo *parziale*, rimanendo aperto ad una dichiarazione anche di equivalenza)¹⁴ di tutte le altre circostanze dello stesso segno, che pertanto troveranno applicazione non in ragione di una valutazione del giudice, ma per effetto di una previsione legislativa *astratta*, alla quale è di per sé estranea la concreta verifica dell’intensità disvaloriale delle circostanze in raffronto.

In termini significativamente differenti opera l’altra tecnica di blindatura, con la quale si accorda un privilegio ad una *singola circostanza*, che pertanto viene *esclusa* dal bilanciamento qualora venga astrattamente riconosciuta come equivalente o come subvalente rispetto alle circostanze di segno contrario, nelle ipotesi di blindatura c.d. a *base totale*¹⁵;

urgenti per la tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica), modificata prima dalla legge di conversione 6 febbraio 1980, n. 15 e poi dalla L. 14 febbraio 2003, n. 34 di “Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 15 dicembre 1997, e norme di adeguamento dell’ordinamento interno”, e recita: “*Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 c.p., con l’aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella originaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento conseguente alle predette aggravanti*”.

¹³ Più precisamente ci si riferisce al D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125 ed alla L. 15 luglio 2009, n. 94.

¹⁴ Così si esprime, efficacemente L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Torino, 2014, pp. 371-372.

¹⁵ Ne sono esemplificazioni codicistiche le disposizioni di cui agli artt. 280, comma 5; 280 *bis*, comma 5; 590 *quater*, a seguito della L. 23 marzo 2016, n. 41, che ha

soltanto se astrattamente riconosciuta come *soccombente*, nelle ipotesi di blindatura c.d. a *base parziale*, ove cioè si ammetta che possa essere ritenuta equivalente rispetto alle concorrenti circostanze eterogenee¹⁶. Queste ultime potranno spiegare i loro effetti soltanto una volta applicato l'aumento di pena indotto dall'aggravante privilegiata.

Mentre quest'ultimo meccanismo non sembra comportare particolari problemi, perché, con specifico riguardo a quell'elemento circostanziante, si sostanzia in una deroga al giudizio *sintetico* tipico del bilanciamento, traducendosi nel suo computo *aritmetico*, per così dire, indefettibile, la blindatura che involge il giudizio di bilanciamento nel suo complesso, vincolandone gli esiti, non pare invece possa sottrarsi a censure di incostituzionalità, stante la radicale ed insanabile incompatibilità tra la presunzione assoluta di stampo legislativo e il giudizio comparativo su cui si fonda l'istituto del bilanciamento, con la conseguente impossibilità per il giudice di valutare i singoli elementi circostanzianti e dunque di assicurare una risposta punitiva che non sia affetta da irragionevole disparità di trattamento (tra recidivi e primari) e da sproporzione.

Tanto è vero quanto sin qui osservato che, non a caso, la Corte costituzionale, chiamata più volte negli ultimi anni a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., ha di recente provveduto a ridefinirne in parte i confini, ravvisando, tra le altre, una violazione del principio di proporzionalità della pena sotto il profilo dell'alterato equilibrio tra *offensività* e *colpevolezza* all'interno del fatto¹⁷ nei casi di concorrenza tra recidiva reiterata e attenuanti ad efficacia speciale¹⁸.

introdotto i delitti di omicidio stradale (art. 589 *bis* c.p.) e di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590 *bis* c.p.); 602 *ter*, comma 10; 628, comma 4.

¹⁶ Per tali distinzioni e per i relativi approfondimenti si rinvia ad A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 68 ss.

¹⁷ In questi termini A. MICHAEL, *Profili di incostituzionalità dell'art. 69 c.p. con particolare riguardo ai rapporti tra recidiva e violenza sessuale di "minore gravità"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2014, p. 17.

¹⁸ Si leggano, sul punto, le sentenze della Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1745, con nota di D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*; 14-18 aprile 2014, n. 105, in *Guida dir.*, 2014, n. 19, p. 79 e 14-18 aprile 2014, n. 106, *ivi*, p. 83, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità della pena, quest'ultimo modulato sul principio di offensività operante anche in fase commisurativa, dell'art. 69, comma 4, c.p., così come sostituito dall'art. 3, L. n. 251/2005, rispettivamente: a) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, T.U. n.

Infatti, se si tratta di attenuanti che incidono sull'*offesa*, come fatto palese dal sensibile abbattimento della pena che discenderebbe dalla loro applicazione, una loro elisione dovuta all'effetto *trainante* della circostanza *privilegiata* comporterebbe, da un lato, il ritorno alla pena prevista dalla fattispecie base, incommensurabilmente distante da quella invece fissata per l'attenuante; e, dall'altro, un aumento assai maggiore rispetto a quello indotto dall'effetto primario della recidiva reiterata.

Come è facilmente comprensibile, si tratta di pronunce che, per quanto condivisibili nelle conclusioni rassegnate, non si spingono oltre le censure lì avanzate, limitandosi a ravvisare l'irragionevolezza del modello di blindatura del giudizio di bilanciamento per le conseguenze che ne deriva(va)no con riguardo a quelle *specifiche* ipotesi circostanziali, senza tuttavia assestare un colpo definitivo ad un sistema strutturalmente antinomico rispetto all'essenza del giudizio di valenza di cui all'art. 69 c.p.

In definitiva, nonostante taluni intoppi, si può dire che la portata innovativa dell'art. 69 c.p., fatta di vincoli e preclusioni, è stata nel suo complesso salvaguardata ed è pertanto con questo nuovo modello di bilanciamento che ci si deve confrontare, anche quando ci si interroga sulla natura circostanziale o costitutiva di un elemento della fattispecie.

Ciò che si intende rimarcare, all'esito di questa lunga digressione, è che, anche al di là della *petitio principii* in cui si incorre nel momento in cui si guarda all'effetto (evitare il giudizio di bilanciamento) quale mezzo di interpretazione anziché quale prodotto di un'attività ermeneutica condotta con metodo analitico-razionale scevro da aprioristici obiettivi da perseguire, il rischio che dalla qualificazione di un elemento come circostanza discenda la *neutralizzazione* di limiti edittali normativamente prescritti appare (paradossalmente?) contenuto proprio da questo articolato sistema di blindature, solo minimamente scalfito dagli interventi correttivi della Corte costituzionale.

Infatti, per un verso, le deroghe al bilanciamento aventi ad oggetto singole circostanze riferibili ad ipotesi di reato particolarmente gravi, per le quali istanze di prevenzione generale suggeriscono di garantire quell'inasprimento sanzionatorio che avrebbe potuto essere vanificato dall'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione del-

309/1990 (oggi trasformata, come avremo modo di precisare meglio, in *fattispecie autonoma* per effetto della L. 21 febbraio 2014, n. 10) sull'aggravante della recidiva reiterata; b) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sull'aggravante della recidiva reiterata; c) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609 *bis*, comma 3, c.p. sull'aggravante della recidiva reiterata.

la pena, da anni pervadono il sistema, in una sorta di gradazione crescente che non accenna ad arrestarsi, senza che peraltro siano stati sin qui avanzati dubbi su possibili torsioni delle relative disposizioni che le contengono con principi di rango costituzionale.

Per l'altro, la limitazione apposta al giudizio di bilanciamento in quanto tale, fatta salva l'ipotesi di una sua prossima caducazione a seguito di una decisione più *tranchant* del giudice delle leggi, assicura, tramite il viatico della recidiva reiterata¹⁹, *quanto meno* la paralisi degli effetti mitigatori delle concorrenti attenuanti per *qualsiasi ipotesi* di reato e non soltanto per quelle a cui tende a riconnettersi un particolare allarme sociale, a condizione che quel fatto risulti realizzato da una "speciale" categoria di soggetti²⁰.

Stando così le cose, possiamo concludere dicendo che *certi* elementi circostanziali, in quanto accessori rispetto a reati di particolare gravità, ovvero *tutte* le possibili circostanze ricorrenti nello specifico caso concreto, in quanto "beneficarie" dell'effetto *trainante* del privilegio accordato alla recidiva reiterata, assumono sembianze non dissimili dagli elementi costitutivi, con i quali sembrano condividere una sorta di *indefettibilità* nell'applicazione.

2) Un altro tratto differenziante di disciplina tra circostanze (aggravanti) ed elementi costitutivi tradizionalmente evocato è quello relativo al *regime di imputazione*, essendo sufficiente, ai fini dell'addebito di una circostanza aggravante, la sussistenza della *colpa*, mentre, ove ci si trovi dinanzi ad un elemento costitutivo, la regola, sancita dall'art. 42, comma 2, c.p., è quella dell'imputazione a titolo di *dolo*, salva espressa previsione della colpa. Il che si traduce, sul piano applicativo, in un affievolimento del principio di colpevolezza, perché si finisce per imputare all'autore di un reato doloso elementi circostanziali ancorché sorretti da un atteggiamento soltanto colposo.

¹⁹ Ovviamente qualora riconosciuta sussistente nel caso di specie in quanto si consideri il "nuovo episodio delittuoso concretamente significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo", dovendosi ritenere la recidiva reiterata come *facoltativa*. Cfr. Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4037.

²⁰ Ne sottolineano l'*eterogeneità* rispetto alla limitazione *oggettiva* apposta dalle deroghe aventi ad oggetto le singole circostanze, con le ulteriori perplessità derivanti dalla necessità di far convivere una siffatta "eccezione soggettiva" nel contesto di un diritto penale del *fatto* e non dell'*autore*: F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 5011 ss.; G. CARUSO, *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., IV, Torino, 2008, p. 1048 ss.

3) Una lineare *actio finium regundorum* tra aggravanti ed elementi costitutivi assume un certo rilievo anche ai fini del computo del tempo necessario alla *prescrizione* del reato, poiché, ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p., così come novellato dalla *ex Cirielli*, le aggravanti ad *effetto comune* non debbono più essere considerate ai fini della individuazione del termine di prescrizione. Il che significa, in altre parole, che, se la fattispecie "dubbia" è (soltanto) *circostanziale*, il giudice dovrà riferirsi, ai fini del predetto calcolo, esclusivamente al massimo edittale previsto per la pena del reato-base; al contrario, se detta fattispecie dal controverso inquadramento è un reato *autonomo*, il giudice, per determinare il tempo di prescrizione, dovrà necessariamente prendere in considerazione la pena ivi prevista.

L'espressa previsione dell'incidenza sulla disciplina della prescrizione delle aggravanti c.d. *autonome* e di quelle ad *effetto speciale* svuota di significato, almeno a questi fini, la questione circa la corretta classificazione del dato normativo "ambiguo", perché, che si tratti effettivamente di un'aggravante o piuttosto di un elemento costitutivo di una fattispecie autonoma, il giudice dovrà in ogni caso avere riguardo alla pena ivi stabilita.

Essendo tali disposizioni riprodotte anche in ambito processuale, per quanto attiene in particolare alla individuazione del giudice competente per materia (art. 4 c.p.p.), alla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure precautelari dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto (art. 379 c.p.p.) e delle misure cautelari personali (art. 278 c.p.p.), il ragionamento è identico a quello testé prospettato e può pertanto essere riproposto negli stessi termini.

4) La soluzione del problema di una chiara identificazione tra reato circostanziato e reato autonomo è essenziale anche ai fini dell'applicazione del principio di *territorialità*, che governa, come noto, l'efficacia della legge penale nello spazio, potendo esservi punibilità secondo la legge italiana di un fatto, sia pure per lo più realizzato all'estero, quando si accerti la commissione nel territorio italiano dell'azione o omissione o anche solo di una parte di essa, ovvero dell'evento, ma non anche di una "semplice" circostanza. Pertanto, la qualificazione di quell'elemento come accessorio rispetto ad un reato commesso all'estero ne escluderà la punibilità secondo la legge italiana.

5) Se, aderendo all'opinione prevalente, senz'altro preferibile²¹, si riserva ai soli elementi costitutivi la capacità di incidere sul momento consumativo del reato, per individuare il *tempus commissi delicti* e, di

²¹ Sui termini del dibattito si veda, per tutti, R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 15.

conseguenza, il *dies a quo* del termine di prescrizione, sarà necessario, in via preliminare, chiarire se si tratti effettivamente di elemento tipico di un'autonoma figura criminosa o piuttosto di una circostanza.

6) Effetti "minori", sempre da un punto di vista *sostanziale*, della distinzione emergono anche in tema di:

a) *concorso di persone nel reato*, essendo riservata alle sole circostanze la disciplina prevista dall'art. 118 c.p., secondo la quale le aggravanti si comunicano ai concorrenti, purché da questi conosciute o conoscibili (art. 59 c.p.), con la sola eccezione delle circostanze c.d. *strettamente personali*, quali quelle concernenti i *motivi a delinquere*, l'*intensità del dolo*, il *grado della colpa* o che siano *inerenti alla persona del colpevole*, che trovano applicazione esclusivamente nei confronti della persona a cui si riferiscono.

Al contrario, se si ritiene che l'elemento sulla cui estensibilità ai concorrenti ci si interroga descriva un *reato autonomo*, allora esso potrà essere addebitato al concorrente alle condizioni poste dall'art. 116 c.p. (per vero molto simili a quelle dell'art. 59 c.p., soprattutto se intesa la prevedibilità *in concreto* e non già *in astratto*, come invece sostenuto da una oramai risalente sentenza della Corte costituzionale)²² o, in caso di mutamento nella qualificazione giuridica del fatto, dall'art. 117 c.p. e, dunque, a titolo di mera responsabilità *oggettiva*;

b) *rilevanza del tentativo*, nella sola ipotesi in cui, una volta attribuita all'elemento di incerta qualificazione la natura di circostanza, si ritenga inconfigurabile il *tentativo di delitto circostanziato*, in base all'assunto, per il vero tutt'altro che condiviso²³, secondo cui soltanto le

²² Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *Arch. pen.*, 1965, II, c. 430. Per la rilevanza, da un punto di vista pratico-applicativo, della distinzione tra prevedibilità *in astratto* e prevedibilità *in concreto*, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2015, p. 514 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014, p. 543; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 505; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Le forme del reato*, Torino, 2013, p. 158 ss.

²³ Ne ammette la sussistenza la prevalente giurisprudenza, che ha da sempre valorizzato, a sostegno dell'opinione positiva, la formulazione testuale dell'art. 56 c.p., ove, facendosi riferimento al solo "delitto" senza ulteriori specificazioni, vi si ricomprenderebbero tanto il delitto *semplice* quanto quello *circostanziato*, con la sola esclusione delle circostanze, siano esse aggravanti o attenuanti, che postulano un'attività esecutiva almeno parzialmente realizzata e quelle che presuppongono l'avvenuta consumazione del reato con la verifica dell'evento. Fatta eccezione per tali ipotesi, siccome anche le circostanze non realizzate "contribuiscono ad integrare ed a caratterizzare il proposito criminoso" non vi sarebbero ostacoli, circa il rispetto del principio di legalità, nell'ammettere la figura del *delitto circostanziato*

circostanze concretamente realizzatesi e non anche quelle meramente tentate potrebbero spiegare i loro effetti nel nostro ordinamento.

Anche da un punto di vista *processuale*, oltre a quanto già osservato circa i riflessi del diverso inquadramento tra elemento costitutivo e circostanza sulla competenza per materia e sull'applicazione delle misure precautelari e cautelari, non vi è perfetta coincidenza di disciplina neppure con riguardo alla contestazione, poiché se è vero che anche le circostanze aggravanti debbono essere oggetto di puntuale enunciazione, unitamente al fatto di reato nei suoi elementi strutturali, nella richiesta di rinvio a giudizio (art. 417, lett. b), c.p.p.) o nel decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552, lett. c), c.p.p.), lo è altrettanto che, qualora nel corso dell'udienza preliminare o dell'istruttoria dibattimentale, emerga un fatto nuovo, si dovrà procedere nelle forme ordinarie, fatta salva la possibilità di una contestazione in udienza una volta acquisito il consenso dell'imputato presente (art. 518 c.p.p.).

Ebbene, al di là della difficoltà di un'esatta individuazione dei rispettivi ambiti di operatività rispetto al "fatto diverso", ciò che non è revocabile in dubbio è che, per aversi "fatto nuovo", è necessario assistere ad una trasformazione radicale della fattispecie concreta nei suoi *elementi essenziali* e giammai in quelli accessori, ai quali potrà applicarsi al più l'art. 517 c.p., nell'ipotesi in cui, in sede di udienza preliminare o dibattimentale, prenda forma una circostanza aggravante estranea all'imputazione originaria.

2. La "gerarchizzazione" dei criteri solutori: gli indici di stampo formale

Il quadro sin qui delineato appare piuttosto chiaro: persiste a tutt'oggi, nonostante gli sforzi profusi negli anni e le plurime sollecitazioni rivolte al legislatore affinché ponesse mano una volta per tutte

tentato. Così, da ultimo, Sez. un., 28 marzo 2013, n. 28243, in *C.E.D. Cass.*, n. 255528 (in tema di compatibilità tra tentativo ed attenuante comune del danno di speciale tenuità); nonché Sez. I, 7 marzo 2014, n. 18136, in *www.iusexplorer.it/dejure*; Sez. II, 22 maggio 2009, n. 39837, in *C.E.D. Cass.*, n. 245258; Sez. V, 24 gennaio 2006, n. 16313, *ivi*, n. 234424; Sez. IV, 17 gennaio 1989, Lamusta, *ivi*, n. 180846; Sez. I, 16 dicembre 1987, Nugnes, in *Cass. pen.*, 1989, p. 200; Sez. I, 3 marzo 1986, Oliva, in *C.E.D. Cass.*, n. 172378; Sez. I, 10 ottobre 1977, Mura, in *Cass. pen.*, 1979, p. 53; Sez. II, 5 luglio 1976, Serrone, in *C.E.D. Cass.*, n. 135275; Sez. I, 9 novembre 1971, De Colombi, in *Cass. pen.*, 1973, p. 228.