

CAPO II
DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

59 Circostanze non conosciute o erroneamente supposte

Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti (1).

Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa (2).

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

(1) Questo comma è stato così modificato dall'art. 1, l. 7.2.1990 n. 19.

(2) Questo comma è stato aggiunto dall'art. 1, l. 7.2.1990 n. 19.

Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Circostanze attenuanti comuni* (art. 62 c.p.) ✓ *Circostanze attenuanti generiche* (art. 62 bis c.p.) ✓ *Consenso dell'avente diritto* (art. 50 c.p.) ✓ *Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere* (art. 51 c.p.) ✓ *Difesa legittima* (art. 52 c.p.) ✓ *Uso legittimo delle armi* (art. 53 c.p.) ✓ *Stato di necessità* (art. 54 c.p.) ✓ *Capacità d'intendere e di volere* (artt. 85 ss. c.p.) ✓ *Cospirazione: casi di non punibilità* (art. 308 c.p.) ✓ *Ritrattazione* (art. 376 c.p.) ✓ *Casi di non punibilità* (art. 384 c.p.) ✓ *Assistenza agli associati* (art. 418 c.p.) ✓ *Casi di non punibilità* (art. 463 c.p.) ✓ *Contraffazione delle impronte di una pubblica autenticazione o certificazione* (art. 469 c.p.) ✓ *Circostanze aggravanti* (art. 112 c.p.) ✓ *Cooperazione nel delitto colposo* (art. 113 c.p.) ✓ *Circostanze attenuanti* (art. 114 c.p.) ✓ *Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti* (art. 118 c.p.) ✓ *Valutazione delle circostanze di esclusione della pena* (art. 119 c.p.) ✓ *Circostanze aggravanti comuni* (art. 61 c.p.) ✓ *Elemento psicologico del reato* (art. 43 c.p.)

SOMMARIO

1. Profili introduttivi dell'art. 59 c.p. – 2. Circostanze che attenuano o escludono la pena. – 3. Circostanze che aggravano la pena. – 4. Circostanze di natura soggettiva. – 5. Elemento circostanziale cronologicamente successivo. – 6. Deroghe. – 7. Circostanze putative.

1. Profili introduttivi dell'art. 59 c.p.

1.1. Il concetto di “circostanza del reato” – L'origine del concetto di **circostanza** è stata spesso ricondotta all'opera di Cicerone, il quale, riprendendo uno spunto argomentativo già presente nel pensiero di Aristotele, avrebbe per la prima volta abbozzato una sistematizzazione unitaria delle circostanze, intese quali singole peculiarità concrete dell'atto umano. Ciò si sarebbe poi tradotto nell'elaborazione di una formula di carattere generale del seguente tenore: «*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod*» (v. per tutti G. BETTIOL, *Diritto penale*¹², Padova, 1982, p. 519; *amplius* A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, p. 57 ss.). In ambito normativo, secondo una nozione ormai tradizionale, con il concetto di “circostanze del reato” vengono considerati elementi che svolgono un **ruolo accessorio** e secondario rispetto all'*an* della responsabilità penale, rilevando in via principale sul solo versante del *quantum* di pena irrogabile. In particolare, come ritenuto apprezzabile anche in ragione della radice etimologica del termine “circostanza” (per l'appunto rappresentativa di un qualcosa che *circum stat* ad un *quid* di per sé già completo), le circostanze configurerebbero degli elementi meramente acci-

dentali del reato (o *accidentalium delicti*), in quanto non necessari alla sua integrazione e rilevanti solo perché suscettibili di comportare effetti modificativi (in senso aggravante o attenuante) del trattamento sanzionatorio (nozione diffusa anche nella manualistica: fra i tanti, v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, p. 433; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova, 2017, p. 395; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*⁶, Torino, 2016, p. 513; pacifica la differenza con gli *accidentalium negotii* di matrice privatistica: T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 189 con richiamo a A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, p. 4 ss.; *contra* A. SPENA, *Accidentalium delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 ss.). È stato sottolineato come tale accessorietà riguardi la disposizione normativa che prevede la circostanza e non anche il contenuto tipico ch'essa presenta. Tale contenuto può in effetti concernere sia aspetti “intrinseci” (e quindi “accessori”) del reato (ad es.: la condotta, riguardata nelle sue modalità; il dolo, considerato nella sua particolare intensità), sia profili del tutto “estrinseci” (ad es.: l'imputabilità, il risarcimento del danno) (v. T. PADOVANI, voce *Cir-*

costanze del reato, cit., p. 188 s., che, sulla scorta delle argomentazioni di G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, p. 54 ss., critica la posizione di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 58 ss., il quale, tentando di espungere le “estrinseche” dalla categoria delle circostanze, aveva al proposito parlato di “condizioni penali modificative”).

Le circostanze hanno l'effetto di incidere sulla cornice edittale di pena: ne segue che non rientrano nella categoria né le cause che escludono la punibilità, cui pure l'art. 59 c.p. accenna, né i coefficienti previsti dall'art. 133 c.p., che, in quanto criteri di commisurazione della pena, assumono rilevanza solo entro i limiti della cornice edittale.

Sulla funzione delle circostanze c'è una tendenziale armonia di vedute: esse servono per consentire una maggiore individualizzazione della responsabilità penale e, di conseguenza, una più attenta modulazione del trattamento sanzionatorio in ragione del migliore adeguamento ai possibili modi di realizzazione del fatto concreto (sull'esigenza di adeguamento della sanzione penale alle specifiche caratteristiche di disvalore del fatto, v. G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, p. 176 ss.; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, p. 20 ss.; A. SANTORO, voce *Circostanze del reato (diritto penale comune)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, Utet, 1959, p. 264; S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 1983, p. 277; *amplius*, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 581 ss.). Alcuni Autori ritengono che le circostanze servano anche per limitare il potere discrezionale del giudice (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 434; A. MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in *La scuola positiva*, 1965, p. 189; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 396; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, p. 99).

Risulta peraltro condiviso il fatto che il legislatore possa valorizzare gli effetti delle circostanze del reato anche al di là della mera modificazione della pena principale, con riflessi autonomi e separati che, a seconda dei casi, possono così influire in modo determinante sulla disciplina, sia sostanziale, che processuale del reato cui accedono. In questi casi, pertanto, l'effetto consegue solo alla espressa puntualizzazione legislativa e non è modificabile mediante l'applicazione delle regole generali di disciplina delle circostanze (ad esempio: nel caso di mutamento del regime di procedibilità a querela per effetto dell'integrazione di una determinata circostanza del reato, tale effetto processuale resta fermo anche nell'ipotesi di eventuale valutazione di subvalenza di tale circostanza, ex art. 69 c.p., rispetto a concorrenti circostanze attenuanti: per una disamina aggiornata dell'attuale situazione generale della disciplina delle circostanze v. G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli e M. Pifferi, *Quaderni fiorentini Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2016, p. 213 ss.; A. MELCHIONDA, *La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di ricostruzione*, *ibid.*, p. 251 ss.; nonché F.

BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.).

Nell'ambito della legislazione vigente il contenuto delle molte circostanze del reato trova riscontro nella valorizzazione legislativa di singoli aspetti molto differenziati fra loro: a seconda dei casi si tratta, infatti, di elementi riferiti sia al profilo oggettivo, che a quello soggettivo del reato, oppure ancora riferiti all'autore od alla vittima del reato, od ancora potenzialmente apprezzabili anche nella connessione del singolo fatto di reato con altre figure criminose.

Il dato legislativo non fornisce, tuttavia, una definizione univoca dell'istituto. Talvolta si parla di «circostanze che attenuano (o che aggravano) la pena» (art. 59 c.p.); mentre in altri casi si usa l'espressione «circostanze che attenuano (o che aggravano) il reato» (artt. 61 e 62 c.p.). Pur nella diversità dei riferimenti, entrambe queste indicazioni esprimono, in realtà, aspetti fondamentali e determinanti per il corretto inquadramento dell'odierna disciplina delle circostanze. Il primo riferimento focalizza l'attenzione sugli effetti conseguenti all'integrazione delle circostanze, che, per l'appunto, si traducono in una modificazione della pena principale altrimenti prevista per una determinata figura di reato. Nello stesso tempo, la considerazione di una diretta rilevanza aggravante ed attenuante anche “del reato” pone in rilievo la stretta connessione che la disciplina generale dell'istituto assume nell'economia della stessa previsione legislativa delle varie figure di reato. Ed è proprio in questa prospettiva che, nel caso in cui ricorra una determinata circostanza, al concetto di “reato semplice” si tende a contrapporre quello di “reato circostanziato”.

Sempre al fine di chiarire quale sia la natura ontologica delle circostanze, è stato proposto di individuare la struttura propria dell'elemento circostanziale a partire dalla convergenza di due requisiti d'ordine normativo: uno negativo ed uno positivo (T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 188 ss.). Il requisito negativo esclude che una situazione tipica considerata dal legislatore ai fini della determinazione della pena possa contestualmente assumere natura d'elemento essenziale d'un reato e di elemento circostanziale: è lo stesso *incipit* degli artt. 61 e 62 c.p. ad attribuire ai singoli elementi circostanziali la funzione, rispettivamente, aggravante ed attenuante di un reato esclusivamente «quando non ne sono elementi costitutivi». Sulla base del predetto dato normativo, può pervenirsi all'affermazione d'ordine generale che tutti gli elementi “accidentali” possono anche essere considerati, di volta in volta, elementi “costitutivi”; il che dimostra che la legge stessa esclude, a priori, che la disposizione circostanziale sia identificabile in rapporto al suo contenuto intrinseco. Il requisito positivo consiste nel già visto effetto modificativo quantitativo o qualitativo sulla pena edittale prevista per il reato base che consegue alla presenza della circostanza. Ai predetti requisiti di ordine normativo, altra dottrina (G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, p. 65 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 558 ss., ma anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 399 e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 396) accosta anche un requisito di ordine logico, consistente nel fatto che le circostanze sono elementi specializzanti rispetto al reato base: la forma circostanziata di un reato, risultante appunto dalla combinazione del reato base

con l'elemento circostanziale, si caratterizza per la specificazione di un elemento o l'aggiunta di un elemento ulteriore rispetto a quelli richiesti dal primo e che incarna, appunto, quel maggiore o minore disvalore cui è riconnessa la variazione di pena (i criteri di distinzione tra reato autonomo e circostanza del reato verranno ripresi *amplius* nel par. 4).

Da registrare, infine, come la regolamentazione codicistica dell'istituto sia stato oggetto di numerosi ed incisivi **interventi di riforma**, non sempre coordinati tra loro. L'originaria disciplina è stata modificata dapprima con la reintroduzione delle c.d. attenuanti generiche (d.lgs.lgt. 14.9.1944 n. 288), indi con la riforma estensiva del giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. (d.l. 11.4.1974 n. 99, convertito, con modificazioni, nella l. 7.6.1974 n. 220), poi con l'introduzione espressa della categoria delle circostanze ad efficacia speciale (l. 31.7.1984 n. 400), ancora con il mutamento del regime di imputazione delle circostanze (l. 7.2.1990 n. 19) ed, infine, con l'introduzione di una nuove aggravanti, nonché di una regola di giudizio circoscritta alle attenuanti generiche (d.l. 23.5.2008 n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24.7.2008 n. 125 e l. 15.7.2009 n. 94).

1.2. L'origine storica della disciplina vigente – Sotto il profilo storico, la genesi normativa dell'odierna disciplina delle circostanze può sicuramente essere colta nel processo di progressivo consolidamento legislativo del c.d. principio di proporzionalità della pena. Alla luce di quanto emergente dai diversi modelli normativi che si sono venuti affermando nei vari ambiti nazionali, questa ricerca di maggior proporzione rispetto alle caratteristiche globali del fatto di reato ed alla colpevolezza del reo si è però estrinsecata attraverso due fenomeni funzionalmente paralleli, ma tecnicamente ben distinti e differenziati. In alcuni casi, infatti, i singoli legislatori nazionali hanno introdotto disposizioni mediante le quali (come, ad esempio, nel caso dell'art. 133 c.p.) sono stati dettati alcuni (più o meno specifici) criteri giudiziali di commisurazione della pena, talvolta anche ancorandoli all'indicazione di alcuni specifici elementi (o "circostanze") all'uopo apprezzabili, ma senza mai stabilire con precisione o con limiti predeterminati quali effetti modificativi avrebbero dovuto ad essi ricollegarsi e rimettendo al solo potere discrezionale del giudice ogni concreta decisione al riguardo. In altri casi, invece, la ricerca di una maggior proporzionalità della pena si è tradotta nella espressa previsione di una sempre più articolata e casistica differenziazione legislativa delle singole figure di reato e delle connesse varianti specificative, funzionalmente caratterizzate anche dalla previsione di una diretta e predeterminata (a seconda dei casi, in forma più o meno rigida) efficacia modificativa della pena.

L'inquadramento della vigente disciplina italiana nel contesto di questo complesso insieme di diversi modelli storici di riferimento ha formato oggetto di interpretazioni molto divergenti. Secondo una prima opinione, l'attuale disciplina delle c.d. "circostanze proprie" (così denominate proprio per distinguerle dai criteri indicati dell'art. 133 c.p., altrimenti definiti quali "circostanze improprie": per una tale denominazione, piuttosto diffusa, v. già A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, cit., p. 66) rappresenterebbe una mera evoluzione tecnica (pur basata su profili di assoluta originalità) del primo modello sopra ricordato. Si tratterebbe, cioè, di una soluzione legislativa strettamente fun-

zionale alla sola disciplina della concreta commisurazione della pena e tale, quindi, da assumere rilevanza solo nell'ottica della c.d. commisurazione giudiziale della pena: vale a dire, di quell'insieme di regole in base alle quali il giudice, dopo aver individuato gli spazi edittali di pena predeterminati dal legislatore, è chiamato discrezionalmente a fissare la pena concretamente irrogabile al reo (G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 7 ss.; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, cit., p. 23 ss.).

Secondo una diversa opinione, invece, l'assetto complessivo dell'odierna disciplina dell'istituto sembrerebbe più correttamente ascrivibile all'area della c.d. commisurazione legale della pena (come tale più direttamente apprezzabile proprio nella prospettiva della stessa predeterminazione legislativa degli spazi edittali di pena). In quest'ottica, quindi, le circostanze del reato assumerebbero un rilievo sostanzialmente analogo a quello degli stessi elementi costitutivi del reato, risultando rilevanti ai fini della stessa differenziazione normativa astratta delle varie figure di reato; questo, soprattutto, in quanto proprio la specifica previsione di singole circostanze, caratterizzate da effetti aggravanti ed attenuanti sempre astrattamente predeterminati nella loro (più o meno rigida) incidenza edittale, fornirebbe un indice di necessaria e netta differenziazione da quegli ulteriori elementi che, a norma di quanto previsto dal già citato art. 133 c.p., sono viceversa destinati ad esplicare effetti modificativi indeterminati e comunque sempre necessariamente contenuti nei limiti della sanzione edittale di volta in volta applicabile (A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 558; in senso analogo sembra orientato anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 400, spec. n. 3).

Al di là di questa complessa contrapposizione di opinioni, nell'insieme è comunque indubbio che, secondo la logica seguita dal legislatore del 1930, la disciplina globale delle circostanze è stata ispirata da premesse di esplicita differenziazione anche rispetto agli stessi elementi costitutivi delle singole figure di reato. In questo senso depongono, soprattutto, la previsione di un apposito regime di imputazione delle circostanze (in origine fondato su criteri di stampo prettamente oggettivo) e l'ulteriore articolata disciplina dei casi di concorso di più circostanze, tale invero da risultare a prima vista irriducibile al separato e diverso insieme di regole applicabili nel caso di concorso di più fattispecie autonome di reato (R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 353 ss.; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, p. 63).

Anche questo modello non è tuttavia scaturito da un disegno del tutto omogeneo ed unitario. Molte delle regole adottate, infatti, lungi dal risultare fondate su chiare premesse di ordine dogmatico, sono state ispirate solo dal dichiarato tentativo di ovviare ad alcune difficoltà pratiche registratesi nella vigenza del precedente codice del 1889. Così, ad esempio, l'iniziale adozione di un regime di imputazione oggettiva fu soprattutto dettata dall'intento di evitare i complessi problemi di ordine probatorio che si erano in precedenza incontrati, a fronte di una disciplina che richiedeva in capo al reo l'effettiva conoscenza di ogni singola circostanza aggravante. Ed ancora: la previsione delle varie regole in tema di concorso di circostanze, ed in particolare di quella fondata sul bilanciamento delle circostanze concorrenti eterogenee, fu motivata soprattutto al

fine di superare i notevoli problemi di computo suscitati dal precedente regime di cumulo materiale (v. A. MELCHIONDA, *La disciplina italiana delle circostanze*, cit., p. 274 ss.).

Non ostante il carattere apertamente contingente di questa matrice normativa, la principale dottrina del tempo (di certo condizionata da un approccio “tecnico-giuridico” all’epoca dominante e notoriamente poco aperto ad una lettura “critica” della legislazione positiva) ha subito ritenuto di poter interpretare l’assetto complessivo della nuova disciplina, ed in particolare la prevista autonomia di regole valide per le sole circostanze, come una sorta di mero precipitato logico di quella stessa diversità di fondo che, a livello teorico, era stata in precedenza ipotizzata attraverso la contrapposizione concettuale fra elementi essenziali ed elementi accidentali del reato (in particolare R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali ed accidentali del reato*, Roma, 1936, *passim*; A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, cit., *passim*).

Sottoposta a più attenta verifica questa prima impostazione non ha però trovato conforto. Ad essa si è, infatti, obiettato che, sul piano delle regole che governano la formazione della norma giuridica, ogni elemento che si aggiunge a quelli già previsti da una determinata disposizione normativa (integrandone o modificandone il contenuto) genera «una nuova norma con propria fattispecie e proprie conseguenze giuridiche», divenendo così anch’esso elemento del tutto essenziale alla dimensione costitutiva di quest’ultima (M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, p. 560 ss.; nello sviluppo dogmatico successivo queste puntualizzazioni hanno assunto un’importanza determinante: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 719 ss.). Sulla scorta di queste premesse, si è quindi esclusa in radice ogni possibilità di ancorare la differenza fra circostanze ed altri elementi del reato a presupposti di ordine pregiuridico. Stante, tuttavia, la netta diversità delle regole previste per le sole circostanze, sullo sfondo è rimasto aperto il problema legato alla necessità, in relazione alle singole ipotesi di volta in volta considerate, di stabilire attraverso quali criteri identificare le vere e proprie circostanze del reato.

1.3. Le peculiarità del sistema normativo italiano e le classificazioni delle circostanze – La commisurazione della pena al fatto concreto attraverso la tipizzazione, nella parte generale del codice penale, di un’articolata sistematica delle circostanze del reato è una **scelta originale dell’ordinamento italiano** ed, in qualche misura, di quello spagnolo (diffusamente: G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 231 ss. e A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 225 ss.; per un bilancio dell’assetto successivo al *codice penal* del 1995, v. ancora A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 299 ss. e bibliografia ivi citata).

Ferma questa considerevole rilevanza quantitativa delle singole circostanze previste, che, certo non a caso, ha portato ad attribuire al codice penale italiano del 1930 una sorta di vero e proprio primato europeo di ampiezza, gli aspetti di maggior importanza della disciplina ancora oggi vigente sono tuttavia da ricercarsi nella precipua previsione di un apposito insieme di disposizioni generali (si tratta, in particolare, delle disposizioni contenute nel Libro I, Titolo III, Capo II del codice), che, anche nel quadro dei la-

vori preparatori del codice, furono espressamente segnalate come «una fra le parti più importanti e caratteristiche della riforma»; «vera costruzione», si aggiunse ancora, «radicalmente innovatrice di ogni concezione teorica tradizionale e legislativa» (v. *Lavori preparatori del codice penale*, Roma, 1928, vol. III, pp. 454, 451 e 449). La precisazione è importante per chiarire subito che, seppure non possa negarsi che uno studio completo delle circostanze del reato presupporrebbe anche di svilupparsi attraverso una disamina diretta delle tante ipotesi circostanziali che sono disseminate nella complessiva legislazione penale italiana, tale disamina non solo non è qui resa possibile da inevitabili limiti di spazio, ma forse non è neppure necessaria. L’analisi delle specifiche caratteristiche costitutive di ogni singola circostanza non può, infatti, che essere calata nel contesto delle stesse fattispecie incriminatrici di riferimento, all’analisi delle quali occorre perciò rinviare. Quel che assume maggiore importanza sistematica è invece l’analisi delle regole dettate dal codice per la **disciplina generale delle circostanze**, proprio in quanto, attraverso tali disposizioni, è stata effettivamente delineata una piattaforma normativa dell’istituto che presenta caratteristiche assolutamente specifiche, sia per quanto concerne il regime di imputazione soggettiva delle circostanze (artt. 59 e 60 c.p.), sia con riguardo agli stessi effetti modificativi della pena ed all’eventuale concorso, omogeneo od eterogeneo, di più circostanze (artt. 63, 64, 65, 66, 68 e 69 c.p.). A queste regole si è inoltre affiancato un ulteriore insieme di previsioni normative che, pur collocate in altri settori del codice (così, ad esempio, l’art. 84 c.p., ai fini della delimitazione del c.d. reato complesso; l’art. 118 c.p., in relazione alla valutazione delle circostanze nel caso di concorso di persone nel reato; l’art. 157 c.p., sul piano del regime di computo della prescrizione; l’art. 9 disp. att. c.p., per gli effetti sulla distinzione fra delitti e contravvenzioni), nel loro complesso hanno concorso a dettare una disciplina generale ed esclusiva delle circostanze che – come accennato – non presenta eguali in nessun altro ordinamento (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., *passim*).

A fronte dell’ampio numero di disposizioni circostanziali previste nell’ordinamento italiano, da tempo si sono consolidate molteplici classificazioni interne alla categoria.

Astrattamente, sono individuabili diversi **criteri di classificazione** delle circostanze, in considerazione della relativa modalità tecnica di tipizzazione, del loro contenuto e degli effetti conseguenti la loro applicazione.

Sotto il primo aspetto (**modalità tecnica di tipizzazione**) si distinguono innanzi tutti le **circostanze comuni** dalle **circostanze speciali**.

Sono circostanze “comuni” quelle che, in ragione di una più ampia rilevanza applicativa delle singole situazioni tipizzate, sono state previste in via generale come potenzialmente riferibili ad ogni figura di reato rispetto alla quale possano risultare compatibili. Sono queste le circostanze elencate negli artt. 61 e 62 c.p.

Sono invece circostanze “speciali” quelle che risultano disciplinate solo in relazione a specifici illeciti. Esempi emblematici sono offerti dagli artt. 576 e 577 c.p., che prevedono circostanze aggravanti del reato di omicidio; od ancora dall’art. 625 c.p., con il quale sono state dettate circostanze aggravanti speciali per il reato di furto. Analoga tecnica di elencazione di più circostanze specifiche è

stata inoltre utilizzata anche in più recenti interventi di riforma: tipico, in questo senso, l'esempio fornito dal nuovo art. 609-ter c.p. (introdotto dalla l. n. 66/1996), con il quale sono state dettate circostanze aggravanti speciali per il delitto di violenza sessuale.

Sempre con riguardo alla tecnica di tipizzazione legislativa, si opera una distinzione in base al diverso grado di determinatezza della descrizione normativa delle circostanze e della conseguente maggiore o minore tassatività della relativa disposizione: si distingue, così, tra **circostanze definite** (o *tipiche*: ad esempio, art. 577, co. 2, c.p. o art. 319-bis c.p.) e **circostanze indefinite** (o *generiche*: ad esempio, artt. 61, n. 7, c.p.; 323-bis c.p.; in argomento, non può mancare il richiamo a F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019 ss.). L'esempio più importante di circostanze indefinite è comunque rappresentato dalle "circostanze attenuanti generiche": con una netta innovazione rispetto alla iniziale soluzione adottata dal codice penale del 1930, con il d.lgs.lgt. n. 288/1944 è stato introdotto l'**art. 62-bis c.p.**, con il quale, in deroga alla tecnica prettamente casistica e tassativa, adottata nella previsione della quasi totalità delle altre circostanze, si è disposto che «il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena».

La norma è stata poi modificata con l'introduzione, ad opera della l. n. 251/2005 (c.d. legge ex-Cirielli), di un secondo comma con il quale, in relazione ad alcuni casi di recidiva aggravata (previsti dall'art. 99, co. 4, in relazione ai delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a, c.p.p. che siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni), si è esclusa la possibilità di motivare la concessione delle attenuanti generiche in base ai criteri di cui all'art. 133, co. 1, n. 3 ("intensità del dolo"), e co. 2 ("capacità a delinquere") (su tale riforma v. A. MELCHIONDA, *Le modifiche in tema di circostanze*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251*, Milano, 2006, p. 181 ss.; v. A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010; più recentemente, su questo argomento, v. R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1695 ss.).

Con riguardo agli **effetti conseguenti all'applicazione delle circostanze**, la legge distingue inoltre tra **circostanze aggravanti** e **circostanze attenuanti**, che importano una variazione *quantitativa* o *qualitativa* (ad es.: reclusione in luogo della multa, o viceversa), *aumentando* o *diminuendo* la pena principale.

Sempre a questo riguardo, più problematica è sicuramente la distinzione tra **circostanze "ad effetto (o efficacia) comune"** e **circostanze "ad effetto (o efficacia) speciale"**. Nella disciplina originariamente prevista dal codice penale del 1930 non esisteva, in effetti, tale esplicita formula classificatoria. La necessità di operare una distinzione fra le circostanze (in seguito meglio definite) "ad effetto comune" e le circostanze c.d. "ad effetto speciale" fu invece ricollegata solo alla netta diversità delle regole applicabili nei vari casi di concorso di più circostanze. Nell'ipotesi di concorso eterogeneo di circostanze l'iniziale disciplina dell'art. 69 c.p. escludeva, infatti, dal c.d. giudizio di bi-

lanciamento tutte le circostanze per le quali la legge stabilisse «una pena di specie diversa», ovvero determinasse «la misura della pena in modo indipendente dalla quella ordinaria del reato»: in altri termini, si escludevano dal giudizio comparativo di valenza tutte quelle circostanze che, proprio in ragione di tale specifica puntualizzazione normativa, si ritenne di poter considerare unitariamente denominandole proprio quali circostanze "ad effetto speciale" (su questi originari aspetti della disciplina A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 618 ss.). L'esigenza di distinguere tutte queste circostanze da quelle c.d. "ad effetto comune" era d'altronde collegata anche ad altri aspetti di disciplina. Un regime applicativo completamente differenziato era infatti previsto anche in caso di concorso omogeneo: nel caso di più circostanze "ad effetto comune" la regola applicabile era (ed ancora è) quella stabilita dal co. 2 dell'art. 63 c.p., fondata su di un cumulo materiale delle singole variazioni di pena; nel caso di più circostanze "ad effetto speciale" (o "ad effetto autonomo" e/o "indipendente") dovevano, invece, (e devono ancora) trovare applicazione le diverse regole previste dai successivi commi della medesima disposizione, ancor oggi caratterizzate dal ricorso ad un cumulo di tipo prettamente giuridico.

La categoria delle circostanze *ad effetto speciale* ha trovato espressa formalizzazione solo con la riformulazione dell'art. 63, co. 3, c.p. ad opera della l. n. 400/1984, il quale distingue ora tra circostanze che importano la sostituzione con una pena di specie diversa rispetto a quella originaria (circostanze *autonome*) e circostanze che importano una variazione percentuale della pena originaria superiore ad un terzo (circostanze *ad effetto speciale*) (sul punto: G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 49 ss.). Secondo una prima corrente interpretativa, la mancata considerazione, da parte del nuovo art. 63, co. 3, c.p., di effetti aggravanti o attenuanti stabiliti senza alcun rapporto di "dipendenza" con la pena ordinaria del reato obbligherebbe a classificare anche le circostanze caratterizzate da tali specifici riflessi sulla sola scorta del criterio matematico attualmente stabilito. In tali casi si tratterebbe, pertanto, di valutare (secondo un «calcolo frazionario ideale») se l'autonoma rideterminazione della cornice editale di pena comporti, o meno, una variazione superiore ad un terzo rispetto a quella prevista per il reato-base (v. L. CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2296 ss.; G. FLORA, *Commento all'art. 5, L. 31/7/84 n. 400*, in *Leg. pen.*, 1984, p. 387 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 630). Laddove poi tale variazione si rivelasse superiore al terzo sul piano del minimo, ma non su quello del massimo editale, o viceversa, il problema verrebbe ovviamente a risultare ancor più complicato. A parte questi ultimi più specifici problemi, in linea di massima è comunque risultato subito evidente come questa prima soluzione interpretativa avrebbe comportato alcune significative innovazioni applicative, soprattutto sul piano della citata disciplina del concorso omogeneo di circostanze: seguendo tale tesi, infatti, molte delle precedenti circostanze "ad effetto indipendente" dovrebbero essere riqualficate "ad effetto comune", con la conseguenza che, in caso di concorso con altre circostanze omogenee (anche se con effetti "dipendenti"), dovrebbe farsi ricorso al regime di cui al co. 2 dell'art. 63 c.p. (e quindi non più a

quello previsto dai commi successivi).

Proprio in considerazione dell'indubbia rivoluzione sistemica che si sarebbe venuta a determinare con l'adozione di questo primo criterio, altri autori hanno pertanto escluso che la segnalata riforma dell'art. 63 c.p. potesse essere stata sorretta da un esplicito e consapevole intento legislativo di giungere ad un così radicale sconvolgimento del precedente assetto normativo. Si è perciò reputato più plausibile affermare che, nella specie, l'omessa considerazione della precedente tipologia delle circostanze "ad effetto indipendente" potesse essere stata determinata da una mera "svista" legislativa, con conseguente opportunità di continuare a ritenere che tali ipotesi siano tutte implicitamente e tacitamente ricomprese nella più specifica categoria delle circostanze ad effetto speciale. Secondo questa diversa soluzione interpretativa, quindi, tutte le circostanze caratterizzate da una autonoma determinazione editale della pena configurerebbero sempre delle circostanze "ad effetto speciale", anche a prescindere dall'entità della concreta variazione di pena (v. G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., p. 85).

La tematica è stata oggetto di divergenze interpretative anche in giurisprudenza e, con una recente decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è stata confermata adesione al primo indirizzo sopra indicato (v. Cass. S.U. 27.4.2017, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di A. MELCHIONDA, *Circostanze "indipendenti" con variazione editale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono "ad effetto speciale" e non rilevano ai fini della prescrizione; amplius*, sull'ordinanza remissiva, A. MELCHIONDA, *Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"?* Una risposta negativa (non "fazio-sa", ma "di parte"), *aspettando le Sezioni Unite*, *ibidem*, 2017): nella specie si è pertanto affermato che «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo (nella specie quella di cui all'art. 609-ter, primo comma c.p.), non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale». L'avallo di tale primo indirizzo interpretativo è stato affermato soprattutto in ragione della riconosciuta più fedele aderenza al dettato normativo, e quindi allo stesso principio di legalità, di quest'ultima conclusione. In effetti, a fronte dell'espressa presa di posizione legislativa in forza della quale, con la riforma del 1984, le "circostanze ad effetto speciale" sono state definite come quelle «che importano un aumento o una diminuzione della pena, superiore ad un terzo», il rispetto del principio di legalità è criterio decisivo e dirimente a favore della conclusione oggi condivisa anche dalle Sezioni Unite: a differenza, infatti, di quanto poteva astrattamente sostenersi in passato, attualmente il nuovo co. 3 dell'art. 63 c.p. non lascia spazio alcuno ad ipotetiche soluzioni alternative e quindi, di fatto, "obbliga", al di fuori ovviamente dei casi di variazione della stessa specie di pena, ad assumere l'indicato parametro matematico quale unico ed esclusivo criterio di classificazione (e quindi, anche, di identificazione) di tutte le circostanze "ad effetto speciale".

La conclusione è peraltro coerente con quanto parimenti affermato dalla Corte di Cassazione, sempre a Sezioni Unite, in relazione all'opposta ipotesi di circostanza a variazione frazionaria (quindi "dipendente") superiore ad un terzo: anche in questo caso, in effetti, con riferimento spe-

cifico a determinate ipotesi di recidiva, è stata riconosciuta la classificazione "ad effetto speciale", con ogni conseguente riflesso applicativo (Cass. S.U. 24.2.2011 n. 20798, in *Dir. pen. cont.*, 2011, con nota di G.L. GATTA, *Le Sezioni Unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti a effetto speciale*).

L'odierno esito interpretativo non solleva problemi di oggettiva incoerenza con la disciplina complessiva delle circostanze del reato e, in specie, con le regole sul concorso delle circostanze e sulla conseguente applicazione degli effetti modificativi della pena. Di certo però, le regole oggi applicabili devono necessariamente tenere conto di questa più generale classificazione quali "circostanze ad effetto comune" di tutte le "circostanze indipendenti" che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo (pur se attualmente identificabili, salvo errore, solo con le aggravanti di cui all'art. 609-ter, co. 1, c.p.).

Conseguentemente, come già precisato, queste circostanze risultano oggi assoggettate alle regole dei primi due commi dell'art. 63 c.p. Per l'applicazione dei relativi effetti modificativi occorre, pertanto, convertire in chiave "frazionaria" i termini di variazione direttamente desumibili dal confronto fra la cornice editale di pena prevista per il reato-base e quella diversamente correlata con la stessa circostanza: l'aumento (nell'ipotesi dell'art. 609-ter, co. 1, c.p., pari ad "un quinto") deve quindi essere computato sulla pena-base, con progressivi aumenti per eventuali altre aggravanti ad effetto comune concorrenti.

Nel caso, invece, di concorso con altra circostanza aggravante "ad effetto speciale" (come, in esempio molto frequente nella prassi, nell'ipotesi della c.d. "recidiva reiterata" ex art. 99, co. 4, c.p.), la variazione frazionaria per la circostanza "indipendente ad effetto comune" dovrà essere applicata solo successivamente: dapprima si dovrà perciò determinare la pena-base direttamente conseguente all'applicazione della circostanza "ad effetto speciale" (in concreto, si potrà quindi determinare la pena-base all'interno della cornice editale del reato semplice e poi applicare l'aumento per la recidiva – a seconda dei casi "della metà", o di "due terzi" –; ovvero – con soluzione "matematicamente" equivalente – si potrà rideterminare direttamente la stessa cornice editale del reato semplice – a seconda dei casi, innalzando sia il minimo che il massimo "della metà", o di "due terzi" – e fissare la pena-base nella cornice editale così modificata); a seguire, si dovrà poi aumentare la pena così determinata con la segnalata variazione pari ad "un quinto" (con l'ovvia conseguenza che, in questo caso, il massimo editale di pena potenzialmente applicabile potrà eccedere il limite superiore, pari a "dodici anni di reclusione", formalmente previsto per le aggravanti di cui all'art. 609-ter, co. 1, c.p.).

Ovviamente, queste più specifiche regole di computo della pena e delle segnalate differenziazioni tra circostanze "ad effetto comune" e "ad effetto speciale" (come detto: indistintamente applicabili anche nel caso di circostanze "indipendenti") dovranno trovare applicazione in tutti i casi nei quali il legislatore ha attribuito rilievo a tale distinzione classificatoria: si tratterà perciò di regole rilevanti, non solo in sede di commisurazione concreta della pena, ma (pur se con limitato apprezzamento delle sole circostanze "speciale") anche con riguardo alla determinazione della durata massima della fase cautelare ex artt. 278 e 303 c.p.p., nonché con riferimento alla rilevanza assunta ex art.

4 c.p.p. sulla determinazione della competenza per materia.

Sempre con riguardo agli effetti delle circostanze, in base al fatto che il legislatore attribuisca al giudice il potere di disporre o meno la variazione di pena, si distinguono **circostanze facoltative** (ad esempio, art. 117, co. 2, c.p.) e **circostanze obbligatorie**. Quest'ultima distinzione ha assunto un ruolo di primissimo piano nell'interpretazione dell'art. 99 c.p., così come novellato dalla citata c.d. Legge ex Cirielli. Rimandando al commento di tale articolo per i necessari approfondimenti, in questa sede ci si limita a segnalare che la Corte Costituzionale, con sent. n. 185/2015, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 99, co. 5, c.p. limitatamente al regime di obbligatorietà ivi originariamente previsto (in precedenza, v. F. ROCCHI, *"Semel malus semper praesumitur esse malus": dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 51 ss., nota a Cass., 3.7.2014-10.9.2014 n. 37443).

Quanto, infine, alla classificazione basata sul **contenuto delle circostanze**, l'art. 70 c.p. stabilisce che sono circostanze *oggettive* quelle che concernono «la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo ed ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità dell'offeso»; sono invece circostanze *sogettive* quelle relative a «l'intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti tra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti la persona del colpevole». La norma ha, peraltro, perduto parte della sua funzione, giusta la modifica, ad opera dalla l. n. 19/1990, dell'art. 118 c.p. In virtù dell'art. 70, co. 2, c.p. Vengono inoltre attratti alla disciplina delle circostanze altri istituti di più generale rilevanza, anch'essi caratterizzati da effetti modificativi della pena. Questo, in particolare, il caso delle ipotesi connesse alla disciplina dell'imputabilità (vale a dire, il «vizio parziale di mente», ex art. 89 c.p.; le forme «aggravate» di ubriachezza, ex artt. 92, co. 2, e 94 c.p.; la «minore età» di cui all'art. 98 c.p.) e delle varie forme di «recidiva» stabilite dall'art. 99 c.p. (l'ormai pacifica natura circostanziale di quest'ultimo istituto non è mutata neppure a seguito delle recenti profonde modifiche apportate dalla l. 5.12.2005 n. 251: cfr. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss. Sul tema, v. D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*; R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*; M. CASSANO, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti* e L. BISORI, *La recidiva in sede di esecuzione*, tutti in *Dir. pen. proc.*, 2012, numero speciale).

Anche in questo caso, la categorizzazione non dà ragione dei profili differenziali tra le singole circostanze. Così, sul piano dei **profili di natura soggettiva**, si attribuisce, ad esempio, rilevanza ai «motivi» che hanno sorretto l'azione del reo; si stabilisce la valenza aggravante di «motivi abietti o futili» (art. 61, n. 1, c.p.) ed il contrapposto rilievo attenuante di «motivi di particolare valore morale o sociale» (art. 62, n. 1, c.p.); in ottica aggravante si attribuisce rilievo all'ipotesi che il reo possa avere commesso il reato «per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato» (art. 61, n. 2, c.p.); od ancora si valorizza l'ipotesi che il reo abbia «ado-

perato sevizie», od abbia «agito con crudeltà verso le persone» (art. 61, n. 4, c.p.); con efficacia attenuante si attribuisce invece rilievo all'ipotesi che il reo possa «avere agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui» (art. 62, n. 1, c.p.), ovvero che possa «avere agito per suggestione di una folla in tumulto», sempre, però, che non si tratti «di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità» e che il colpevole non sia «delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza» (art. 62, n. 3, c.p.). Particolare importanza sistematica, sempre con riguardo agli aspetti soggettivi del reato, presenta inoltre la circostanza di cui all'art. 61, n. 3, c.p., che attribuisce rilevanza aggravante, nell'ambito dei delitti colposi, all'ipotesi (c.d. di «colpa cosciente») che il reo possa «avere agito nonostante la previsione dell'evento».

Altrettante sono le circostanze comuni che attribuiscono rilievo ad **aspetti oggettivi** del reato: così, in particolare, con riguardo ai «delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio», si considera come aggravante il fatto che possa essere stato «cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità» (art. 61, n. 7, c.p.), mentre si riconosce valenza attenuante alla contrapposta ipotesi di un «evento dannoso e pericoloso di speciale tenuità» (art. 62, n. 4, c.p.); ancora, sempre sul piano aggravante, si attribuisce rilievo all'ipotesi che il reo abbia «aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso» (art. 61, n. 8, c.p.); ovvero che abbia «commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto» (art. 61, n. 9, c.p.), o viceversa che il fatto possa essere stato «commesso contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio» (art. 61, n. 10, c.p.); oppure ancora che il fatto sia stato commesso «con abuso di autorità o di relazione domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità» (art. 61, n. 11, c.p.). Sul contrapposto piano attenuante, grande rilevanza applicativa ha, infine, la circostanza prevista dall'art. 62, n. 6, c.p., fondata sull'ipotesi che il reo, prima del giudizio, abbia «riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni», ovvero che si sia «adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato».

L'attenzione del legislatore italiano al «fenomeno circostanziale», così accentuata sin dalla redazione del Codice Rocco, non accenna a scemare. Prova ne sia, per esempio, la novella nota con il nome di **Decreto sicurezza** (d.l. n. 92/2008, convertito nella l. n. 125/2008; in argomento, v. F. VIGANÒ-M. VIZZARDI, *"Pacchetto sicurezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 813 ss., che trattano, in particolare, delle problematiche connesse alla nuova formulazione dell'art. 235 c.p.; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 ss.; M. PELLISERO, *Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1350; E. ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1357;

G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷. *Addenda: d.l. 23.5.2008, n. 92 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», conv., con modificazioni, in L. 24 luglio 2008, n. 125*, Bologna, 2008, p. 1 ss.).

L'art. 1, co. 1, lett. f) del Decreto introduce la nuova aggravante di cui al n. **11-bis dell'art. 61 c.p.** («l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovata illegalmente sul territorio nazionale»), la quale comporta un aumento fino ad un terzo della pena base per il soggetto immigrato che sia entrato o si tratti nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni normative che disciplinano l'ingresso o la permanenza degli stranieri. La novella è stata accolta in modo particolarmente critico da parte della dottrina ed è stata immediatamente sospettata di illegittimità costituzionale (v., ad es., G.L. GATTA, *Aggravante della "clandestinità" (art. 61, n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2009, p. 713 ss.). In accoglimento delle censure formulate, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 61, co. 1, n. 11-bis c.p. con sentenza n. 249/2010.

Con il c.d. Decreto sicurezza è stato novellato anche l'art. **62-bis c.p.**, il cui nuovo terzo comma prevede che: «In ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma». In questo modo il legislatore ha inteso sollecitare i giudici ad un maggiore impegno nel motivare le ragioni che giustificano la diminuzione di pena: la specificazione si traduce in una sorta di regola di giudizio, avente l'obiettivo di guidare e limitare la discrezionalità giudiziale in chiave anti-clemenzialistica (in questi termini E. ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, cit., 1367). Altri evidenziano che il disposto del nuovo co. 3 dell'art. 62-bis c.p. si pone in una linea di continuità con l'operazione fortemente rigoristica iniziata con la precedente modifica di tale norma (insieme a quella dell'art. 69 c.p.) da parte della l. n. 251/2005, trovando la stessa *ratio* nell'obiettivo di un recupero della effettività della pena, con la sottrazione al giudice della possibilità di operare sulle cornici edittali attraverso la larga concessione di benefici che dovrebbero rivestire, invece, nell'opinione dell'odierno legislatore, carattere straordinario (R. BRICHETTI-L. PISTORELLI, *Niente sconti automatici all'incensurato*, in *Guida dir.*, n. 32, 2008, p. 99).

Successivamente, con la **L. 15.7.2009, n. 94**, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia di circostanze, seppur in maniera frammentaria. Quanto alle circostanze comuni, si è specificato che l'aggravante della clandestinità (ora dichiarata costituzionalmente illegittima) si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi (art. 1, co. 1); si è novellata (anche se davvero non se ne sentiva il bisogno) l'aggravante della minorata difesa (art. 61, co. 1, n. 5 c.p.), con l'introduzione di un espresso riferimento all'età della vittima; è stata introdotto l'art. 61, co. 1, n. 11-ter c.p. (aggravante del fatto commesso ai danni di un minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione e di formazione nel caso di delitti contro la persona) e si è modificato l'art. 112 c.p. in tema di concorso di persone. Quanto, invece, alle circostanze speciali, le modifiche sono più variegate ed hanno interessato specifiche categorie di soggetti (si veda, ad esempio, l'aggravante del fatto commesso in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale *ex art.*

36, l. n. 104/1992 per come riferita ai delitti di atti osceni, ai delitti contro la persona ed il patrimonio ed ai reati concernenti la prostituzione) ovvero alcune categorie di delitti quali quelli contro la libertà sessuale (art. 609-ter c.p.) e quelli di atti osceni (art. 527 c.p.); il sequestro di persona (art. 605 c.p.); i delitti contro la personalità individuale (art. 600-sexies c.p.); il furto (art. 625, co. 1, n. 8-bis e 8-ter c.p.) e la rapina (art. 628, co. 3, n. 3-bis, 3-ter e 3-quater, e co. 4, c.p.). Di poco precedenti (d.l. 23.2.2009 n. 11, conv. in l. 23.4.2009 n. 38), invece, le modifiche alle circostanze previste per l'omicidio. Con riferimento alla normativa *extra codicem*, sono state modificate le circostanze in materia di porto illegale d'armi e di oggetti atti ad offendere (artt. 4, l. n. 685/1967 e 4, l. n. 110/1975; v. E. ANTONINI, *Le nuove circostanze aggravanti dei reati di danneggiamento e in materia di armi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1456 ss.), oltre a tutte la "galassia" della normativa sugli stranieri (per un primo commento, v. A. PECCIOLI, *La riforma delle circostanze e le ipotesi escluse dal giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1197 ss.). Con la **L. 26.11.2010 n. 199**, in materia di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, all'art. 61 c.p. è stato introdotto il n. 11-quater, in ragione del quale la pena è aumentata se il colpevole ha commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere.

Sempre in materia di aggravanti, con la **L. 14.8.2013 n. 93**, in tema di contrasto alla violenza di genere, è stato nuovamente novellato l'art. 61 c.p. con l'introduzione del n. 11-quinquies, che prevede una sanzione più severa qualora i delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché il delitto di cui all'art. 572 c.p. siano commessi in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di una persona in stato di gravidanza (circa l'ambito applicativo di tale circostanza, v. A. CHIBELLI, *La Cassazione e la latitudine applicativa dell'aggravante di aver commesso il fatto "in presenza di minori"*, nota a Cass., 2.3.2017-14.3.2017 n. 12328, in *Dir. pen. cont.*, 2017).

Tra i molti interventi novellistici che si sono succeduti negli ultimi anni, si segnala ancora che il legislatore ha ritenuto di fronteggiare un tema di stingente attualità, qual è il "**furto di identità digitale**", tramite l'inserimento di circostanza aggravante al co. 3 dell'art. 640-ter (sul tema, v. G. MALGERI, *La nuova fattispecie di indebito utilizzo d'identità digitale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014 e F. CAJANI, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal D. L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1094 ss.).

Nel diritto penale complementare, successivamente alla sentenza della C. cost. n. 32/2014, il **D. L. 20.3.2014 n. 36** (convertito, con modificazioni, nella L. 16.5.2014 n. 79) ha riformulato il co. 5 dell'art. 73, D.P.R. 9.10.1990 n. 309 in materia di stupefacenti (sulla natura circostanziale di tale disposizione, nonché sulle carenze di determinatezza da un lato e sulla sua funzione all'interno della sistematica della disciplina degli stupefacenti, v. F. DONELLI, *Circostanze del reato e "tipicità negata" nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1879 ss.).

Da ultimo la l. 16.6.2016 n. 115 ha aggiunto il co. 3-bis

all'art. 3, l. 13.10.1975 n. 654 (c.d. Legge Reale-Mancino) così preferendo il legislatore, nuovamente, disciplinare tramite una circostanza del reato un tema complesso come quello del **negazionismo** (v. E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 155 ss. e D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015).

1.4. La distinzione fra circostanze ed altri elementi del reato – Già nei primi scritti immediatamente successivi all'avvento della nuova disciplina introdotta nel 1930 la dottrina colse subito l'importanza di poter individuare adeguati criteri di identificazione delle circostanze. Dal un lato non esiste alcuna **differenza ontologica** tra elemento costitutivo del reato ed elemento circostanziale; dall'altro la distinzione tra fattispecie circostanziata e fattispecie autonoma ovvero tra un elemento costitutivo ed un elemento circostanziale del reato non rappresenta una questione meramente teorica, ma comporta notevoli conseguenze sul piano della disciplina applicabile, soprattutto con riferimento regime di imputazione soggettiva ed al meccanismo di bilanciamento.

Ancora oggi, l'esito di tutte le soluzioni prospettate è tuttavia decisamente negativo.

Come già accennato, nessuna indicazione utile è ricavabile dal contenuto delle varie circostanze previste. Da questo punto di vista, del resto, lo stesso legislatore ha espressamente precisato che (si veda in particolare la formula introduttiva contenuta negli artt. 61 e 62 c.p.), a seconda dei casi, un identico elemento può assumere rilievo sia quale elemento costitutivo, sia (ovviamente in alternativa a tale prima eventualità) quale circostanza aggravante o attenuante (a titolo esemplificativo, si consideri come l'introduzione nella altrui dimora fosse elemento circostanziale nella previgente fattispecie di cui all'art. 624, n. 1, c.p. e sia, invece, diventato elemento essenziale nell'attuale art. 624-bis c.p.).

A fronte, quindi, dell'impossibilità di una identificazione delle circostanze fondata sulle caratteristiche costitutive dei singoli elementi di volta in volta valorizzati, si è focalizzata l'attenzione sulla complessiva disciplina dell'istituto (ed in particolare di quanto previsto dagli artt. da 63 a 69 c.p.). Si è così posto in rilievo come il principale (se non unico) profilo identificativo dell'istituto possa essere colto solo nella **esplicita previsione di effetti modificativi direttamente incidenti sulla sanzione principale** stabilita dalla legge per una determinata figura di reato. Da questo punto di vista, in effetti, l'eventualità che il legislatore fissi in termini generici l'effetto modificativo previsto (facendo, quindi, uso della formula «la pena è aumentata», ovvero «la pena è diminuita») rappresenta indice dotato di notevole precisione a favore della natura circostanziale dell'elemento considerato. Trattasi, infatti, di formula insuscettibile di essere adeguatamente interpretata se non in forza del necessario raccordo con le specifiche regole fissate per le sole circostanze del reato dagli artt. 64 e 65 c.p. In molti casi, tuttavia, la previsione di una pena più grave, o viceversa più lieve, di quella che sarebbe altrimenti applicabile non consente ancora di attribuire sicura natura circostanziale ad un determinato elemento. Da questo punto di vista, anzi, anche l'eventuale mutamento della stessa specie di pena prevista per il reato base non può essere apprezzato quale indice univoco della natura costitutiva dell'elemento considerato.

Da parte di alcuni autori si è allora ritenuto di poter attribuire valore dirimente ad alcuni ulteriori criteri di portata generale: in particolare (limitando qui la considerazione alle sole opinioni che più hanno trovato riscontro anche in giurisprudenza), taluno ha così fatto riferimento alla possibilità di considerare le circostanze quali elementi idonei ad incidere sulla sfera del **bene giuridico** tutelato (G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, p. 238 ss.; in senso sostanzialmente analogo R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, cit., p. 179 ss.; il criterio sembra parzialmente riemergere in S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, 2008, p. 316 ss. per distinguere le fattispecie “a preterintenzionalità allargata” – che risulterebbero dal combinarsi di una fattispecie a condotta nucleare tipica dolosa con un evento (naturalistico) non voluto direttamente offensivo della vita o dell'integrità fisica delle persone ovvero della libertà personale – dalle circostanze aggravanti “in senso stretto”; secondo Cass. S.U. sent. 26.6.2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 626 si tratta del criterio più usato dalla giurisprudenza); da parte di altri si è invece postulata la diversa possibilità di identificare le circostanze quali elementi caratterizzati da un rapporto di necessaria **specialità** con la sfera costitutiva del reato (v. R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, cit., p. 186 e A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, cit., p. 211 ss.; v. spec. poi L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Archivio penale*, 1974, I, p. 349 ss.; M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, cit., p. 561; ID., *Le forme del reato*, Torino, 1964, p. 5 ss.; G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall'evento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 11 ss.).

Entrambe queste soluzioni non trovano tuttavia univoco riscontro sul piano positivo.

Nel primo caso, è la disciplina dell'art. 84 c.p. che, *in primis*, al di là di più complesse questioni sulla stessa individuazione dei criteri atti a delimitare la sfera del bene giuridico (v. le obiezioni mosse da M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, cit., p. 564; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 194 s.; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano-Torino-Roma, 1933, p. 577 ss.), conferma l'astratta possibilità di qualificare come circostanza anche quanto già separatamente rilevante quale autonoma figura di reato (con conseguente autonoma rilevanza anche sul piano del raccordo ad un ben determinato – e diverso – oggetto di tutela); in secondo luogo, l'opinione non convince in ragione del fatto che, per accertare l'offesa ed individuare il bene giuridico tutelato, è necessario preventivamente distinguere gli elementi accidentali da quelli costitutivi.

Rispetto al secondo criterio proposto, la mancata coerenza con il dato positivo si evince, invece, dal fatto che analogo rapporto di necessaria specialità è pacificamente riscontrabile anche nella relazione fra gli elementi costitutivi di due autonome fattispecie di reato (ad esempio: furto e rapina), il che condiziona già a priori la possibilità di individuare una linea di confine idonea ad essere assunta quale requisito effettivamente “tipico” delle sole circostanze. Gli stessi sostenitori del rapporto di specialità riconoscono che esso è condizione necessaria, ma non sufficiente ad identificare

la fattispecie circostanziata ed affermano, pertanto, l'esigenza di integrare l'analisi con criteri esegetici ausiliari. A dimostrare come la struttura logica della specialità non sia, di per sé, un tratto caratteristico dei soli elementi circostanziali del reato, basti l'esempio di T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 191 ss. relativo alle due ipotesi speciali di omicidio doloso: la prima, l'omicidio del proprio discendente, prevista dall'art. 576, n. 2, c.p., pacificamente ricondotta alla disciplina delle circostanze aggravanti; la seconda, l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale di cui all'art. 578 c.p., altrettanto pacificamente ritenuta titolo autonomo di reato. D'altronde – come visto – è lo stesso legislatore che riconosce che, a seconda dei casi, un identico elemento possa essere preso in considerazione sia quale elemento essenziale di una autonoma figura di reato, sia quale circostanza (oltre alle prime parole degli artt. 61 e 62 c.p., si veda lo stesso art. 84 c.p.) (per una panoramica completa del problema, le diverse teorie proposte e le rispettive critiche v. *amplius* A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, p. 558 ss., cui si rimanda anche per le indicazioni bibliografiche).

Alla luce di queste premesse, risulta pertanto evidente l'**assenza di un univoco criterio distintivo** (così, ad esempio, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Art. 1-84, Milano, 2004, p. 634 ss.) e la conseguente necessità, caso per caso, di trovare nella legge i segni, le espressioni della volontà legislativa, i sintomi da cui possa desumersi se si tratta di figura o di circostanza.

Da più parti si suggerisce l'uso combinato di più criteri esegetici: quello formale, senza dubbio indicativo ma non completamente affidabile; quello storico-evolutivo, da intendersi come analisi del percorso normativo ed esegetico avente ad oggetto un determinato istituto; quello che si incentra sulla maggiore o minore compatibilità sistematica degli effetti che deriverebbero dalle due contrapposte qualificazioni giuridiche e, sempre presente, quello di specialità.

Nell'ambito di una più generale disamina storico-comparatistica della disciplina delle circostanze, si è accennato all'idea di valutare una soluzione in parte diversa da quelle più tradizionalmente considerate, ipotizzando la possibilità di pervenire al riconoscimento della «esistenza di un fenomeno meramente modificativo ... ogni qual volta l'ipotetica eliminazione di un determinato elemento “di fattispecie” (di una “qualunque” fattispecie: senza distinzione, quindi, fra c.d. “titoli autonomi di reato” e mere fattispecie di “reato circostanziato”) consenta ancora di individuare una (sotto)fattispecie in grado di essere sussunta in un'altra figura di reato diversamente punita» (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 752). La soluzione è stata espressamente formulata al solo fine di ricercare un criterio idoneo a valorizzare l'effettivo grado di “autonomia funzionale” della singola fattispecie “circostanziale” e, in questa prospettiva, a differenziarla da quella altrimenti apprezzabile nel c.d. “reato-base”, concetto che veniva considerato così «più correttamente identificabile con quella specifica fattispecie incriminatrice che, di volta in volta, potrà risultare comprensiva di tutti i requisiti necessari a caratterizzare l'illiceità penale di un “fatto” altrimenti insuscettibile di essere ricondotto ad una separata ed autonoma fattispecie penale; di un “fatto”, cioè, che risulterebbe altrimenti insuscettibile di “generare” un effetto di “punibilità”». Ferme, quindi, «le già segnalate ragioni di differenziazione dall'area delle c.d. circostanze improprie,

in base a questi presupposti le circostanze del reato (“proprie” e/o “in senso stretto”) verrebbero pertanto ad esprimere un rilievo modificativo del tutto analogo a quello riscontrabile in ogni altro elemento differenziale e/o specializzante, confermando così il carattere di mera variante tecnico-legislativa che, a nostro avviso, contraddistingue l'alternativa fra la previsione di una specifica circostanza (aggravante o attenuante) o la configurazione di una separata figura di reato speciale (“qualificato” o “privilegiato”)). In questa più ampia prospettiva il problema non era quindi «limitato ad una mera verifica dei rapporti fra una determinata fattispecie incriminatrice e le corrispondenti circostanze aggravanti e/o attenuanti, ma impone anche di accertare se, non ostante l'ipotetica eliminazione di uno o più elementi costitutivi di quella medesima fattispecie di reato, il “fatto” corrispondentemente sanzionato possa essere ancora considerato punibile (ancorché con pena diversa) in base ad altra, più generale, fattispecie incriminatrice. Il termine di riferimento ultimo di questa valutazione non è perciò solo quel “determinato” reato che si trova in correlazione con una “determinata” circostanza aggravante o attenuante, bensì “qualsiasi” reato che, in base a quanto previsto dall'attuale ordinamento giuridico, potrà consentire di individuare l'esatta linea di confine fra l'insieme degli “elementi necessari” a generare un “rapporto giuridico penale” (vale a dire: a delineare la fattispecie “più genericamente” riferibile al fatto concretamente giudicato), e tutto quanto viceversa suscettibile solo di dare luogo all'integrazione di un'altra fattispecie di reato (più, o meno, gravemente sanzionata), ovvero di una mera fattispecie di reato circostanziato». Come è dato vedere, si trattava, quindi, di una soluzione direttamente proiettata verso il tentativo di ricercare una nuova possibilità di razionalizzazione sistematica del modo di operare delle “circostanze” rispetto alla alternativa consistente nella previsione di una “fattispecie autonoma di reato”, piuttosto che a fornire un generico nuovo criterio di identificazione delle stesse. Proprio per questo motivo, nella prospettazione di questa diversa chiave di lettura, si era quindi dato atto delle possibili perplessità che avrebbero potuto conseguire all'idea di un immediato utilizzo di questa soluzione quale parametro di identificazione delle circostanze, non basandosi su di un criterio originariamente considerato dal legislatore e, per questo, suscettibile di portare a conclusioni contrastanti con quanto diversamente apprezzabile attraverso altri possibili criteri di identificazione della c.d. “voluntas legislatoris”. Da questo punto di vista non pare quindi pertinente l'osservazione critica che è stata formulata a questa impostazione, ritenendola solo come una mera «“riedizione” in chiave moderna e più sofisticata dello stesso principio di specialità» (v. A. MANNA, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 2015³, p. 756 ss.). L'accennata possibilità di procedere alla selezione di un fattore modificativo della punibilità mediante una verifica basata sul criterio della “eliminazione mentale” non è infatti funzionale alla identificazione della singola circostanza, ma solo a quella di meglio identificare il c.d. “reato base”.

Pur nella somiglianza del criterio considerato, la prospettiva è quindi significativamente diversa da quella emergente dall'importante decisione della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (Cass. pen. S.U. 10.7.2002, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 295 ss., con nota di R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fatti-*

specie davvero circostanziate?) con la quale si è espressamente fatto cenno alla possibilità di identificare l'elemento circostanziale in ragione di un analogo criterio di "eliminazione mentale".

1.5. Le divergenze sull'odierna qualificazione dogmatica delle circostanze – Non ostante questi incerti confini dell'istituto (o forse proprio a causa di ciò), la dottrina si è sforzata a lungo di ritrovare sul piano dogmatico le fondamenta giustificative della specifica disciplina prevista per le sole circostanze. A seguito delle già ricordate critiche alla iniziale tendenza a giustificare il peculiare regime normativo in ragione di una asserita correlazione diretta con la categoria dei c.d. elementi accidentali del reato, un primo indirizzo ha ritenuto di poter qualificare le **circostanze quali elementi che**, al pari degli stessi elementi essenziali, **danno origine ad una autonoma fattispecie astratta di reato** (quella del c.d. reato circostanziato). Stante la diversa rilevanza (e disciplina) giuridica di queste particolari fattispecie, rispetto a quelle viceversa classificabili quali veri e propri titoli autonomi di reato, le circostanze sono state però dogmaticamente classificate quali **elementi modificativi** (non del titolo, bensì solo) **della c.d. forma di manifestazione del reato** (M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, cit., p. 560 ss.; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 58).

Diversa conclusione è stata invece raggiunta da un successivo orientamento interpretativo che, muovendo dalla considerazione del particolare procedimento dettato dall'art. 63, co. 1, c.p. ai fini del calcolo della pena nel reato circostanziato (con valorizzazione della variazione di pena connessa alla circostanza solo quale passaggio successivo alla quantificazione della c.d. pena base) ha ritenuto di poter meglio classificare **le circostanze quali "elementi autonomi della c.d. fattispecie concreta"**: quali elementi, cioè, che, pur rimanendo estranei alla struttura costitutiva della fattispecie astratta, concorrerebbero a dare vita ad una sorta di fattispecie intermedia, formalmente distinta anche da quella rappresentata dall'ancor più ampio insieme di elementi (concreti) che, a norma di quanto previsto dall'art. 133 c.p., sono rilevanti (secondo l'accennato regime dell'art. 63, co. 1, c.p.) ai fini della determinazione della c.d. pena base (G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., pp. 83 ss. e 167 ss.).

Questo contrasto di opinioni si è, invero, accentuato anche alla luce dei risultati raggiunti da successive indagini più direttamente concentrate sugli aspetti di tipo funzionale dell'istituto. In particolare: l'asserita equiparazione fra circostanze ed elementi costitutivi sul piano della c.d. fattispecie astratta del reato ha trovato ulteriore riscontro nell'opinione di chi, alla luce di quanto previsto dall'**art. 157 c.p.** in materia di prescrizione (ovviamente nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dalla l. n. 251/2005), ha ritenuto corretto considerare le circostanze quali elementi che, al pari degli stessi elementi costitutivi del reato, risultano funzionalmente raccordati alla stessa fase di determinazione edittale della sanzione. Si tratterebbe, cioè, di elementi che, lungi dall'operare solo ai fini della commisurazione concreta della pena, sono al contrario direttamente rilevanti anche sul piano della c.d. commisurazione legale, in quanto disciplinati quali vere e proprie **"cause di modificazione della cornice della pena"** (A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra*

le circostanze, cit., p. 54: le argomentazioni dell'Autore sono ripercorse anche da A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 589 ss.).

Diversa conclusione è stata invece raggiunta da chi, proprio traendo spunto dallo specifico dettato dell'art. 63, co. 1, c.p., ha ritenuto più corretto inquadrare la funzione delle circostanze in una prospettiva di mera **individualizzazione concreta della pena**: la previsione di tale specifica incidenza frazionaria sulla c.d. pena-base rappresenterebbe, infatti, la conferma di una esclusiva ed autonoma rilevanza commisurativa concreta delle circostanze, tale, quindi, da differenziarle, non solo dagli elementi rilevanti nella determinazione edittale della pena, bensì da quegli stessi elementi fattuali che potranno essere apprezzati, a norma di quanto previsto dall'art. 133 c.p., solo entro tali limiti edittali (G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 166; le argomentazioni dell'Autore sono ripercorse anche da A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 596 ss.).

Entrambe queste impostazioni non sono andate esenti da critiche. Alla tesi delle circostanze quali "elementi autonomi della c.d. fattispecie concreta" (come tali caratterizzate, quindi, anche da una asserita valenza commisurativa concreta) si è principalmente obiettato di adattarsi solo ad una limitata tipologia di circostanze (a quelle, cioè, ricollegabili alla citata disciplina dell'art. 63, co. 1, c.p.) e di non riuscire, pertanto, a fornire una adeguata e completa giustificazione teorico-sistemica dell'intera disciplina dell'istituto (diffusamente in argomento: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., pp. 606 ss. e 715 ss.; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 191 ss.). All'opposta classificazione delle circostanze quali elementi funzionalmente omogenei a quelli della stessa fattispecie astratta del reato, ma modificativi solo della sua forma di manifestazione, si è viceversa contestata l'assoluta diversità di effetti della disciplina delle circostanze rispetto a quella degli altri istituti così parimenti classificati: nel caso di questi ultimi, ed in particolare nel caso della disciplina sul tentativo e sul concorso di persone nel reato, si registra, infatti, un ampliamento del campo di applicabilità di una determinata figura di reato a situazioni che, altrimenti, resterebbero al di fuori del suo ambito di rilevanza; profondamente distinto è invece l'effetto modificativo che si determina nel caso del c.d. reato circostanziato, posto che quest'ultimo comporta una selezione di fatti già punibili in base ad una separata fattispecie di reato. Anche le circostanze intervengono, quindi, sulla sfera di applicabilità della singola norma incriminatrice, ma con un effetto esattamente opposto a quello degli altri istituti normalmente inquadrati fra le forme di manifestazione del reato: non ampliano, bensì restringono la cerchia dei fatti già riconducibili ad una autonoma figura di reato, e, quindi, non assumono alcun rilievo diretto sul c.d. versante costitutivo della punibilità.

A fronte di questa perdurante incapacità di giustificazione autonoma ed unitaria della pretesa peculiarità d'insieme delle circostanze, in tempi più recenti si è ritenuto preferibile prescindere da una logica di necessaria ed assoluta contrapposizione fra circostanze ed altri elementi della fattispecie del reato (parlano di mancanza di reale importanza pratica, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 435). Traendo spunto anche da una rinnovata disamina storico-comparatistica dell'attuale disciplina

dell'istituto, si è così evidenziata la possibilità di considerare le circostanze quali veri e propri elementi costitutivi di fattispecie astratte di reato, a loro volta caratterizzate tuttavia dal fatto di assumere un rilievo sistematico di tipo “meramente dipendente” rispetto a quello della fattispecie base di riferimento: si tratterebbe, cioè, di fattispecie prive di autonoma rilevanza applicativa, in quanto subordinate alla parallela integrazione di una separata fattispecie incriminatrice “indipendente”, e come tali formalmente differenziate da quelle ulteriori ipotesi modificative, che il legislatore ha ritenuto preferibile rendere “indipendenti” ed assoggettare al medesimo regime di queste ultime (di qui la configurazione di quelle particolari ipotesi di reato speciale che, come nel caso del delitto di “rapina” rispetto a quello di “furto” ed in contrapposizione con le connesse ipotesi di “furto circostanziato”, sono svincolate dal regime applicativo tipico delle sole circostanze) (A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 715 ss.).

Al di là di altri riflessi, validi soprattutto ai fini di una rivalutazione sistematica (anche in ottica *de jure condendo*) dell'attuale regime delle circostanze, questa diversa chiave di lettura ha ovviamente suggerito anche alcune parziali correzioni nella tradizionale interpretazione di quei precisi aspetti di disciplina dell'istituto, che occorre ora passare ad analizzare.

1.6. La disciplina della imputazione soggettiva delle circostanze – Come innanzi già precisato, uno dei principali aspetti di peculiarità ed originalità della disciplina italiana delle circostanze va sicuramente individuato nella espressa previsione di un apposito ed autonomo regime di imputazione soggettiva. Da questo punto di vista, le specifiche regole dettate dall'art. 59 c.p. per la valutazione delle circostanze (a carico od a favore del reo) sono spesso state identificate come una sorta di vero e proprio caposaldo di quella più generale rilevanza sistematica della categoria che, a torto od a ragione, ha sempre obbligato a tracciare una netta linea di demarcazione rispetto alla parallela, ma diversa disciplina prevista per i c.d. elementi costitutivi del reato.

In origine, come visto, generiche ragioni di semplificazione probatoria avevano portato all'introduzione di quel drastico regime di **imputazione oggettiva**, avverso il quale si sono però subito levate molte critiche: tale disciplina (in ossequio alla quale per l'applicazione della diminuzione e, soprattutto, dell'aumento di pena era sufficiente che la circostanza fosse oggettivamente presente, a nulla rilevando che il reo la conoscesse o potesse conoscerla) rappresentava uno fra i più tipici esempi di responsabilità oggettiva espressa previsti dal codice penale del 1930. L'unica deroga al predetto criterio d'imputazione oggettiva era contenuta nell'art. 60, co. 1 e 2, c.p. che, limitatamente al caso di errore sulla persona offesa da un reato, escludeva l'imputazione a carico del reo di circostanze aggravanti pur esistenti e consentiva, per converso, l'applicazione di attenuanti solo supposte.

Dopo molte incertezze sulla stessa soluzione adottabile in vista di una auspicata riforma (per l'esegesi dottrina immediatamente pre-riforma sull'art. 59 c.p. si rinvia alla diffusa trattazione in A. MELCHIONDA, *La “rilevanza oggettiva” delle circostanze del reato nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1377 ss. e T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 202 ss.; in tempi precedenti: A. MALINVERNI, voce *Circostanze del*

reato, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 99), a seguito di alcune, pur non univoche, indicazioni della Corte Costituzionale (v., in particolare, C. cost. 24.3.1988 n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.), nel 1990 il legislatore ha modificato il tenore della disposizione, lasciando fermo l'originario criterio di valutazione meramente oggettiva delle circostanze attenuanti (art. 59, co. 1, c.p.), ma, nello stesso tempo, introducendo il diverso principio in forza del quale: «Le circostanze che aggravano la pena solo valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa» (art. 59, co. 2, c.p.). Si può quindi sinteticamente ritenere che la riforma ha introdotto la regola dell'**imputazione soggettiva** delle circostanze aggravanti in un sistema che continua a reggersi su un impianto di stampo oggettivo: il criterio oggettivo di imputazione rimane, infatti, immutato per le circostanze attenuanti mentre l'art. 59, co. 3, c.p. (anche se con la deroga dell'art. 60 c.p.) sancisce l'irrilevanza delle circostanze putative, cioè di quelle circostanze ritenute erroneamente presenti dall'agente ma in realtà inesistenti.

Non ostante la diversa opinione sostenuta da alcune iniziali prese di posizione, la portata applicativa di questa disposizione va sicuramente interpretata secondo una logica di tipo tendenzialmente unitario: vale a dire, **senza alcuna possibilità di distinguere fra i vari requisiti di imputazione indicati** (conoscenza / ignoranza colposa / errore colposo) **a seconda che si tratti di circostanze in concreto riferibili a reati dolosi, ovvero a reati meramente colposi**. L'opinione prevalente ha cioè ritenuto che, ferma «una tendenziale equipollenza dei parametri di valutazione esplicitamente indicati», l'attuale disposto dell'art. 59, co. 2, c.p. valorizzerebbe soprattutto una situazione di colposo mancato apprezzamento soggettivo delle circostanze, quale requisito minimo e sufficiente per porre a carico dell'agente i relativi aumenti di pena (A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1449; nella manualistica: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 440; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 649).

Tuttavia, si è di sottolineato (S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 175 ss.) come, tre le circostanze aggravanti comuni, solo quelle previste dai nn. 3 e 7 dell'art. 61 c.p. siano “compatibili” con un regime di imputazione colposa: «in buona sostanza, i dadi della responsabilità colposa (o indifferentemente dolosa) per le circostanze aggravanti comuni si giocano, *de iure condito*, solo sul tavolo del danno patrimoniale grave» (S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 191: opinione ribadita lungo tutta l'opera ed ancora in sede di conclusioni: p. 362 ss.). In questo novero – a nostro parere – andrebbe però inserito anche l'art. 61, n. 10, c.p., il quale, invece, secondo l'Autore citato (p. 185 ss.), ha una struttura dolosamente orientata al pari delle altre fattispecie circostanziali.

La dottrina ha inoltre sin da subito evidenziato l'**incompatibilità logica tra la nuova formulazione ed il dato lessicale di alcune circostanze aggravanti** (A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999; G.A. DE FRANCESCO, *Opus illicitum. Tensioni innovative e pregiudizi dogmatici in materia di delitti qualificati dall'evento* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 994

ss.; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., p. 1433 ss.; A. VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen. Agg.*, I, Torino, 2000, p. 27 ss.): se pare evidente che, per effetto della riforma, l'imputazione delle circostanze esige come coefficiente minimo la colpa, è anche vero che i concetti di "conoscenza", "ignoranza", "convincimento dell'esistenza" utilizzati dal riformatore pongono problemi di compatibilità logica con quelle circostanze che si riferiscono, in funzione aggravante, ad un evento naturalistico la cui verifica si colloca, sul piano cronologico, necessariamente in un momento successivo a quello della condotta tipica. È il caso, ad esempio, dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 7, fondata sulla gravità dell'evento, elemento che si colloca successivamente alla condotta e che potrà quindi essere oggetto di "previsione" o "rappresentazione", ma non certo di "conoscenza". È anche il caso dei delitti aggravati dall'evento, per chi condivida la tesi della loro natura circostanziale. Dovendosi escludere che, ex art. 15 disp. prel. c.c., sia intervenuta l'abrogazione per incompatibilità di tutte le aggravanti insuscettibili di "conoscenza", sortisce un effetto risolutivo l'esegesi che propone di leggere nel testo normativo un riferimento implicito anche alla futura "conoscibilità", categoria giustificata, sul versante testuale, dal richiamo normativo anche ai parametri di colpa dell'"ignoranza" e dell'"errore sull'inesistenza", che necessariamente implicano un giudizio ipotetico di "conoscibilità" dell'elemento ignorato o ritenuto inesistente dal reo e, per quella via, autorizzano anche un giudizio di colpevolezza fondato sulla "prevedibilità" e sulla "rappresentazione" dell'elemento circostanziale (A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., p. 1438 ss.).

Il predetto criterio sembra condiviso anche dalla giurisprudenza: «deve ritenersi che, in relazione alle circostanze aggravanti successive alla condotta, la conoscenza o ignoranza per colpa significhino "previsione" o "prevedibilità" della circostanza» (Cass., sez. VI, sent. 24.9.1999, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1200; conforme Cass., sez. V, sent. 18.2.1992 in *Foro it.*, 1992, II, c. 489).

In tempi recenti, S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 234 solleva ancora il problema se la "colpa" prevista dall'art. 59, co. 2, c.p. sia "vera colpa". L'approdo ad una soluzione ermeneutica convincente non è scontato: a parte l'ampio dibattito intorno alla configurabilità di obblighi, o almeno oneri, a contenuto cautelare in contesto illecito (per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali, v. *amplius*, S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 303 ss., che pure conclude positivamente concludendo, a tali fini, la nozione di "condotta nucleare tipica dolosa"), il vero *punctum dolens* riguarda la concreta possibilità di far filtrare le derivazioni di un modello teorico asseritamente rispettoso del principio di colpevolezza in una giurisprudenza spesso poco attenta alla problematica.

Ferma poi la perdurante incertezza sulla completa riconducibilità alla disciplina delle circostanze di tutti i c.d. **eventi aggravanti**, rispetto a questi ultimi si è comunque esclusa la possibilità di ammettersi un requisito di previsione, ogni qual volta si tratti di eventi che (come nel caso di eventi mortali), se oggetto di positiva rappresentazione, potrebbero dar luogo ad una responsabilità per dolo (sep-

pur solo sotto forma di "dolo eventuale") in base ad un separato titolo autonomo di reato.

Alla luce di tutti questi limiti, nonché della stessa più generale (e già ricordata) impossibilità di fornire adeguata giustificazione teorico-sistematica alla tradizionale previsione di un regime di imputazione aprioristicamente valido per le sole circostanze, più di recente si è altresì ritenuto di poter abbandonare l'idea di una rigida contrapposizione di regime fra circostanze ed altri elementi del reato: al di là, infatti, della solo apparente equipollenza applicativa fra i vari criteri di imputazione previsti dall'art. 59, co. 2, c.p. e senza, soprattutto, che questo obblighi a considerare, come sempre e comunque sufficiente, l'accennato requisito minimo fondato su di una mera "conoscibilità" e/o "prevedibilità" del concreto elemento circostanziale, la superiore esigenza di conformità al principio di colpevolezza ha portato a ritenere che, anche in relazione alle vere e proprie circostanze, il coefficiente soggettivo di volta in volta applicabile potrà essere solo quello in grado di assicurare un rimprovero coerente, da un lato, con gli stessi postulati di tale principio e, dall'altro, con il disvalore che quel certo elemento circostanziale dovrà essere in grado di esprimere, sia alla luce della natura dolosa o colposa della relativa fattispecie di riferimento, sia in ragione del significato aggravante implicitamente sotteso alla sua stessa previsione normativa (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 763 ss.; ID., *La disciplina italiana delle circostanze*, cit., p. 274 ss.; per analoga conclusione v. ora anche A. SPENA, *Accidentalità delicti?*, cit., pp. 692-694).

1.7. Le regole sulla comunicabilità delle circostanze – Analoga riforma volta al superamento dei precedenti riflessi di stampo prettamente oggettivo è stata attuata, sempre nel 1990, anche con riferimento alla parallela disciplina prevista dall'art. 118 c.p., in tema di comunicabilità delle circostanze fra più concorrenti nel medesimo reato. Il testo originario della disposizione distingueva fra circostanze oggettive e soggettive (sulla base di quanto disposto dall'art. 70 c.p.) e, anche in caso di mancata conoscenza, poneva a carico (od a favore) di tutti i concorrenti solo le prime, nonché le aggravanti soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, che avessero «servito ad agevolare l'esecuzione del reato». Con la nuova formulazione si è invece più semplicemente fissato un generico principio di non comunicabilità di tutte le circostanze (sia aggravanti, che attenuanti) «concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa», nonché di quelle «inerenti la persona del colpevole» (v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., p. 1438 ss.).

A fronte di questo più limitato ambito di disciplina della disposizione (circoscritto solo ad alcune particolari ipotesi di circostanze) si è quindi reso necessario appurare quali diversi criteri potessero trovare applicazione rispetto a tutte le circostanze non menzionate, vale a dire quelle oggettive, nonché quelle soggettive concernenti "le qualità personali del colpevole" ed "i rapporti fra il colpevole e l'offeso". In assenza di più specifiche indicazioni normative, rispetto alle circostanze c.d. oggettive si è ritenuto corretto fare riferimento alle medesime regole stabilite in via generale dall'art. 59 c.p.: nel caso di aggravanti si è pertanto affermato il principio della comunicabilità di quelle sole circostanze rispetto alle quali venga accertata la concreta possibilità di conoscenza (o di previsione) da parte di

ogni singolo concorrente (salva ovviamente la necessità di fare riferimento ad un diverso, più intenso, requisito di rappresentazione, per quelle circostanze che, come visto, presuppongano un coefficiente di effettiva rappresentazione); nel caso delle attenuanti si è viceversa ritenuto valido il comune principio di rilevanza meramente oggettiva (cfr. Cass., Sez. VI, sent. 29.11.1991, in *CED Cassazione*, rv. 189187).

Più controverso e complesso è invece risultato il problema con riguardo alle residue ipotesi soggettive: in linea di massima anche per queste dovrebbero infatti valere le regole desumibili in via generale dall'art. 59 c.p. (cfr. Cass., Sez. V, sent. 22.5.1992, in *CED Cassazione*, rv. 190407), ma la considerazione di alcuni concreti riflessi di opinabile apprezzabilità (ad esempio: ipotetica comunicabilità a tutti i compartecipi di attenuanti generiche concesse per l'incensuratezza di un solo concorrente; ipotetica comunicabilità degli effetti aggravanti conseguenti alla stato di latitanza, pur conoscibile, di un solo concorrente) ha portato seriamente a dubitare della effettiva praticabilità di tale soluzione.

Allo stato non inopportuna potrebbe quindi essere una più attenta riformulazione della disposizione vigente. Ciò anche in ragione del fatto che, con riferimento a quelle circostanze soggettive che dovrebbero essere valutate solo individualmente (come, ad esempio, nel caso della premeditazione), la giurisprudenza tende oggi ad affermarne la diretta comunicabilità ad eventuali concorrenti ogni qual volta siano da essi conosciute (cfr. Cass., Sez. I, sent. 17.6.1994, in *CED Cassazione*, rv. 199812; *contra* si segnala la recente sentenza Cass., 1.3.2016-1.7.2017 n. 27046, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1066 s., con *Osservazioni* di B. ROSSI, la quale, tramite un processo interpretativo di "oggettivazione delle circostanze soggettive", ha affermato che devono ritenersi estensibili ai correi le sole circostanze soggettive concernenti le condizioni e le qualità personali del colpevole, le quali abbiano agevolato la commissione del reato da parte degli altri concorrenti).

Pur rimandando al commento dell'art. 118 c.p. per ogni opportuno approfondimento, in questa sede ci si limita ad osservare come, nell'applicazione della nuova regolamentazione dettata dall'art. 118, la giurisprudenza tenda ad utilizzare la vecchia distinzione tra circostanze oggettive e soggettive e giunga a conclusioni non sempre coerenti con il contenuto dell'attuale previsione normativa. In particolare è ritenuta estendibile ai concorrenti che siano a conoscenza o ignorino per colpa tale qualità, la circostanza aggravante dell'abuso di prestazione d'opera di cui all'art. 61, n. 11 (Cass., Sez. IV, 29.1.2016 n. 20053). Con riferimento alle circostanze concernenti le qualità personali del colpevole, la giurisprudenza ha affermato che, in tema di violazione di sigilli, la circostanza aggravante della qualità di custode di cui all'art. 349, co. 2, non rientrando tra quelle previste dall'art. 118, si comunica ai concorrenti purché costoro ne siano a conoscenza o la ignorino colpevolmente (Cass. 20.5.2010; Cass. 16.9.2003). Alle stesse conclusioni si è giunti con riguardo alle circostanze aggravanti concernenti la qualità di titolare della preposizione pubblica in tema di turbata libertà degli incanti ai sensi dell'art. 353, co. 2 (Cass., Sez. V, 8.3.1993; Cass., Sez. I, 27.1.2005 n. 4836), la qualità di pubblico ufficiale nel sequestro di persona, ai sensi dell'art. 605, co. 2, n. 2 (Cass. 19.9.2012 n. 46340; Cass. 31.3.1992), la qualità di partecipe

dell'associazione di tipo mafioso nel delitto di estorsione ai sensi degli artt. 629, co. 2 e 628, co. 3, n. 3 (Cass. 13.10.2016-27.2.2017 n. 9429), la finalizzazione dell'azione delittuosa a vantaggio di un'associazione di stampo mafioso *ex art.* 7, l. 12.7.1991 n. 203 (Cass. 20.12.2012-23.1.2013 n. 3428).

Nell'ambito delle circostanze relative ai rapporti tra il colpevole e l'offeso, si è precisato che sono comunicabili agli altri concorrenti quelle relative ai rapporti di natura familiare indicate nell'art. 577 come circostanze aggravanti per l'omicidio (Cass. 15.1.1992), e quella relativa alla violenza sessuale commessa dal genitore (Cass. 30.6.1994). È altresì ritenuta estendibile ai correi che ne fossero consapevoli la circostanza *ex art.* 600-*sexies* (Cass. 1.3.2016 n. 27046).

Di rilievo risulta inoltre la questione affrontata con riferimento alla circostanza attenuante del risarcimento del danno (*ex art.* 62, n. 6, c.p.) in relazione alla quale è stato affermato il seguente principio: «L'attenuante *ex art.* 62 n. 6, prima ipotesi, c.p., non è valutabile in favore dei concorrenti che non abbiano attivamente contribuito all'atto riparatorio quantomeno a titolo di regresso "pro quota" nei rapporti interni tra coobbligati *ex art.* 1299 c.c. o di offerta reale *ex art.* 1209 c.c. La materia, infatti, non ricade nella disciplina *ex art.* 118 c.p. – che pur comporterebbe in via generale, così come riformato dall'art. 3 l. n. 19/1990, l'automatica estensione ai concorrenti dell'attenuante della riparazione del danno integrata anche da uno solo – perché l'atto riparatorio, intervenendo necessariamente "post delictum", esula a priori dal regime giuridico del concorso di persone nel reato *ex art.* 110 ss. c.p. La riparazione del danno da parte d'un soggetto (già) concorrente nel reato, dunque, in nulla si distingue da quella compiuta ad opera d'un qualsiasi terzo, ipotesi che – alla stregua del dato letterale dell'art. 62 n. 6, c.p. – necessariamente richiede, perché il reo possa fruirne dell'intervento liberatore del terzo, una chiara riferibilità volontaristica e materiale al primo dell'atto riparatorio compiuto dal secondo» (Cass. S.U. 22.1.2009 n. 5941, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1483 ss., con nota di G. CIVELLO, *Sulla "comunicabilità" della circostanza attenuante del risarcimento del danno ex art. 62, n. 6, c.p. ai concorrenti nel reato*).

1.8. Circostanze del reato e commisurazione della pena – L'ulteriore aspetto caratteristico della disciplina generale delle circostanze è, come detto, ravvisabile nel complesso insieme di regole previste per la determinazione dei loro effetti sulla pena. Con riferimento alla più specifica problematica della commisurazione concreta della pena, le principali divergenze di opinione si incentrano, soprattutto, sulla questione relativa ai criteri in base ai quali, nel caso di circostanze caratterizzate da variazioni c.d. elastiche di pena (es. fino ad un terzo), debbano essere quantificati i relativi effetti modificativi concreti. Un primo orientamento ritiene che tale variazione debba essere calcolata sulla base di quegli stessi criteri previsti dall'art. 133 c.p. per la commisurazione giudiziale della pena; per evitare un possibile effetto di "doppia valutazione", altri affermano invece che, a tal fine, si debba tenere conto solo dello specifico "peso concreto" del singolo elemento circostanziale.

Al di là delle segnalate implicazioni connesse alla stessa legittimazione teorico-sistemica dell'attuale disciplina delle circostanze, questa problematica vanta tuttavia un rilievo circoscritto solo ad alcune ben precise ipotesi di

circostanze, vale a dire quelle c.d. “ad effetto comune”, le sole per le quali dovrebbe farsi ricorso al particolare regime dettato dall’art. 63, co. 1, c.p. Da questo punto di vista l’intera questione va quindi necessariamente raccordata anche con i problemi (di seguito meglio analizzati) che sono scaturiti dalla più recente previsione di specifici criteri di identificazione normativa di tale particolare tipologia di circostanze.

1.9. Il concorso di circostanze – Sul piano delle regole valide in caso di **concorso eterogeneo** di più circostanze occorre, innanzi tutto, richiamare lo specifico disposto dell’art. 69 c.p. che, come già accennato, in deroga al regime di cumulo materiale dettato dal codice previgente, ha stabilito il principio del c.d. bilanciamento discrezionale delle circostanze eterogenee: qualora il giudice ritenga che vi sia equivalenza fra aggravanti ed attenuanti applicherà «solo la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze»; in caso opposto, darà viceversa applicazione ai soli effetti conseguenti alle circostanze prevalenti e non terrà conto delle altre.

Limiti, funzione e portata di questo istituto sono stati al centro di un ampio dibattito, sia dottrinale, che giurisprudenziale: alle opinioni che ne rivendicavano una valenza di stampo prettamente commisurativi si sono, infatti, contrapposte soluzioni interpretative diverse, più orientate al riconoscimento di una rilevanza di stampo commisurativo, sì, ma limitata alla sola definizione edittale della pena.

L’ambito di applicazione del giudizio di bilanciamento è stato dapprima esteso dalla **novella del 1974** anche al concorso di circostanze ad efficacia speciale, in precedenza escluse (art. 69, co. 4, c.p.). La riforma, che mirava a mitigare il rigore sanzionatorio del codice Rocco, si espone però ad alcune riserve critiche. Al di là dell’ampliamento eccessivo della sfera discrezionale del giudice, desta notevoli perplessità la possibilità di sottoporre ad un giudizio di bilanciamento anche gli eventi aggravatori nei **reati aggravati dall’evento**: ove, infatti, si consideri l’evento aggravante come elemento circostanziale, il giudice potrebbe bilanciare tale aggravante con una attenuante e, così, frustrare la *ratio* della fattispecie.

Una più recente tendenza legislativa tende invece a ridurre nuovamente l’ambito di applicazione del giudizio di bilanciamento. Con la **l. n. 251/2005** (c.d. ex Cirielli), il legislatore ha modificato il co. 4 dell’art. 69 c.p. al fine di limitare la discrezionalità del giudice in sede di valutazione comparativa delle circostanze, escludendo il giudizio di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata (art. 99, co. 4, c.p.) e sulle aggravanti previste dagli artt. 111 (determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile) e 112, co. 1, n. 4, c.p. (determinazione al reato di un minore o di una persona in stato di infermità o di deficienza psichica) (sulle principali limitazioni all’operatività del giudizio di valenza delle circostanze v. per tutti A. VALLINI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 47 ss.; in relazione alle più recenti innovazioni in tema di recidiva, introdotte dalla l. n. 251/2005, v. ancora A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., pp. 181 ss., spec. 205 ss.; M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1123 ss.; G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 509 ss.). Di conseguenza,

in base alla predetta deroga e nei casi ivi indicati, il giudice non avrebbe mai potuto ritenere prevalenti le circostanze attenuanti, ma tutt’al più avrebbe potuto formulare un giudizio di equivalenza. Come noto, tale divieto è stato almeno parzialmente rimosso dalla Corte Costituzionale, che, con le sentenze n. 251/2012 (in *Dir. pen. cont.*, 2012, da cui sono poi scaturiti gli importanti riflessi *in executivis* evidenziati nell’ordinanza della Sez. I della Corte di Cassazione, 2.11.2013, *ibidem*, 2013, e decisi da Cass. pen. S.U., 29.5.2014-14.10.2014 n. 42858, in *ibidem*, 2014, con nota di S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*), n. 105/2014, n. 106/2014 (queste due pubblicate in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1082 ss., con commento di A. MICHEL in *Dir. pen. cont.*, 2014) e n. 74/2016 (in *Dir. pen. cont.*, 2016, con nota di G. LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell’attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*) ha dichiarato l’incostituzionalità della norma sotto diversi profili.

Salvo che nell’art. 69, co. 4, c.p., il legislatore ha ommesso di indicare i criteri in base ai quali il giudice deve effettuare il giudizio di prevalenza o equivalenza. Alcuni dottrina e la giurisprudenza propongono di utilizzare i parametri dell’art. 133 c.p. (G. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 1254 ss.; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, cit., p. 72 ss.; in giurisprudenza, Cass., sent. 23.4.1990 n. 5913; Cass., sent. 5.1.1989 n. 60; Cass., sent. 28.6.1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 193). Tale rinvio, tuttavia, oltre a creare un rischio problema di *bis in idem* (G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 119 ss.), non fa altro che trasferire nell’ambito delle circostanze le problematiche interpretative sorte in relazione applicazione dell’art. 133 c.p. e riconducibili alla mancata previsione normativa di un rapporto gerarchico tra i diversi criteri. Altro orientamento richiede un giudizio *in concreto* diretto a valutare la specifica intensità delle circostanze eterogenee concorrenti (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 447; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 211 ss.).

Pur senza esplicitarlo in forma ufficiale, nella pratica si tende peraltro a valorizzare soprattutto questa seconda prospettiva, anche in vista di paralleli riflessi in tema di prescrizione, di applicabilità di altri benefici (perdono giudiziale; sospensione condizionale della pena; ecc.) e comunque impostando l’intero processo di commisurazione della pena secondo uno schema di tipo “rovesciato”: vale a dire, stabilendo a priori (pur nei limiti degli spazi edittali complessivamente utilizzabili) la misura della pena in concreto proporzionata al disvalore globale del fatto ed assumendo tale misura quale “meta” ultima di un processo commisurativo così già aprioristicamente condizionato in tutti i suoi passaggi. D’altronde nella *Relazione al progetto definitivo* del Codice si dà conto di come la *ratio* della disciplina vada ricercata nell’esigenza di concepire la pena come un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l’arido risultato di successive operazioni aritmetiche (*Relazione al progetto definitivo*, cit., p. 123).

Nel caso di **concorso omogeneo** di circostanze (e, quindi, anche nel caso in cui, a seguito di un preventivo giudizio di bilanciamento, le circostanze ritenute prevalenti siano più di una), l’art. 63 c.p. stabilisce invece una disciplina differenziata a seconda che si tratti di circostanze c.d. ad

«effetto comune», ovvero di circostanze per le quali la legge stabilisca una «pena di specie diversa da quella ordinaria del reato», o ad «effetto speciale»: per le prime vale un criterio di cumulo materiale fondato su progressivi aumenti, o diminuzioni, ma sempre in raccordo con una preventiva determinazione della c.d. pena base (art. 63, co. 1 e 2, c.p.); per le due ulteriori tipologie di circostanze si prevede invece un regime di cumulo giuridico, con applicazione della sola pena stabilita per la circostanza più o meno grave, ma con possibilità del giudice di procedere ad un ulteriore aumento, o diminuzione (in assenza di diversa indicazione, nei limiti, quindi, dell'ordinaria variazione «fino ad un terzo», di cui agli artt. 64 e 65 c.p.). Sul piano applicativo, tale disciplina ha dato origine a contrasti interpretativi in tema di misure cautelari personali e di individuazione dei termini di durata massima delle fasi processuali precedenti la sentenza di merito di primo grado. Sul punto, Cass. S.U. 27.11.2014-22.9.2015 n. 38518 (in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 169 ss., con nota di F. BONCOMPAGNI, *La circostanza aggravante speciale "soccumbente" impone l'ulteriore aumento di pena* ed in *Dir. pen. cont.*, 2016, con nota di L. MATARRESE, *Determinazione della pena ai fini cautelari in caso di concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale: obbligatorietà dell'aumento di pena ex art. 63 co. 4 c.p. per le circostanze aggravanti speciali soccombenti*) hanno affermato che, a tali fini, deve tenersi conto, nel caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, oltre che della pena stabilita dalla legge per la circostanza più grave, anche dell'ulteriore aumento complessivo di un terzo, ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p., per le ulteriori omologhe aggravanti meno gravi). Sulle problematiche che riguardano le circostanze ad effetto speciale, si rimanda a quanto specificato *supra*. Nella prospettiva della già segnalata rivisitazione sistematica dell'intera disciplina delle circostanze, anche tutte queste regole dovrebbero quindi raccordarsi alla rilevata natura delle circostanze quali veri e propri elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici di tipo "meramente dipendente": al pari di quanto emergente dall'analisi di altri ordinamenti stranieri, si tratterebbe, cioè, di regole dettate al solo fine di disciplinare l'eventuale concorso di queste particolari fattispecie e di impostare, così, la successiva fase di commisurazione concreta della pena sulla base di una necessaria predeterminazione unitaria della cornice edittale di pena legittimamente utilizzabile dal giudice. Questi molteplici limiti ad una corretta e condivisa interpretazione delle complesse basi di disciplina dell'istituto lasciano quindi del tutto aperto il problema di una eventuale riforma della materia. Riforma, tuttavia, che, almeno secondo quanto pare emergere anche dai più recenti progetti di riscrittura del codice penale, lungi dal proporre una vera e propria rifondazione della trama sistematica dell'ordinamento, non pare riuscire ad affrancarsi dai limiti di una mera opera di correzione del dato positivo vigente (sulle soluzioni di riforma proposte da alcuni recenti progetti v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 407 ss.).

2. Circostanze che attenuano o escludono la pena – Il criterio di imputazione delle attenuanti è da individuarsi nel principio secondo cui di tali circostanze si tiene conto

in base alla loro effettiva sussistenza, a prescindere dal fatto che l'agente se le sia rappresentate o meno (c.d. **criterio obiettivo**, od **operatività oggettiva**).

In altri termini, laddove il reo agisca ignorando l'esistenza dell'attenuante, ovvero ritenendola erroneamente inesistente, detta attenuante gli giova comunque, se ed in quanto oggettivamente ne sussistano gli estremi (cfr. Cass., 28.10.1996, rv. 206915; per approfondimenti, anche in relazione alla sostanziale conformità al principio di colpevolezza di questo regime di rilevanza oggettiva, v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., p. 1470 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 388).

Sul punto è interessante notare come l'obiettiva operatività delle circostanze attenuanti si differenzi dall'operatività dei cosiddetti elementi costitutivi.

In relazione a questi ultimi, infatti, l'errore del soggetto agente in relazione ad un elemento differenziale tra due differenti reati dolosi, porta sempre all'applicabilità della fattispecie che prevede il reato più lieve.

Invece, se si tratta di circostanza attenuante, a nulla gioverà all'agente l'erroneo convincimento dell'esistenza di tale elemento (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁸, Milano, 2003, p. 407).

La regola è inoltre la medesima anche per le **circostanze che escludono la pena**: indipendentemente dalla conoscenza da parte dell'agente (e salvo che le cause stesse non richiedano, per loro natura, la consapevolezza o un particolare stato d'animo dell'agente stesso – v. par. 4), la causa, se esiste, esclude il verificarsi del reato.

Analoga disciplina è infine prevista per le cosiddette cause di non punibilità in senso stretto, e quindi per le circostanze che escludono l'applicazione della sola pena (G. ZUCALÀ, *Sub art. 59*, cit., p. 238).

3. Circostanze che aggravano la pena – Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

La normativa riformata ha pertanto esteso anche alle circostanze aggravanti il **principio di colpevolezza**, che precedentemente conosceva un ambito di applicazione molto più ristretto, essendo lo stesso limitato alle circostanze di natura soggettiva (v. par. 4), alle aggravanti riguardanti le condizioni o qualità della persona offesa (art. 60), oppure alle circostanze aggravanti di un reato, consistenti in fatti che costituirebbero per se stessi reato (art. 84), caratterizzate dalla necessaria sussistenza dell'elemento psicologico (dolo) richiesto per la punibilità del fatto stesso nella sua forma semplice (G. ZUCALÀ, *Sub art. 59*, cit., p. 236).

Alla luce della "nuova" disciplina, quindi, il principio *nul-la poena sine culpa* è stato legislativamente esteso anche alle circostanze che aggravano la pena: perché possano essere imputate occorre un coefficiente soggettivo rispettivamente costituito o dalla loro effettiva conoscenza ovvero dalla loro colpevole ignoranza (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 439).

È quindi interessante osservare come le circostanze aggravanti, richiedendo ora, per la loro applicabilità, un determinato atteggiamento psicologico da parte del soggetto agente, non risultino più conciliabili con lo schema tipico della circostanza del reato e, sotto tale profilo, risultino più coerentemente riconducibili in quello dell'elemento essen-

ziale del reato (cfr. Cass. 4.12.2003, rv. 229769).

Assume così la circostanza aggravante una configurazione anomala, poiché la sua disciplina richiama in parte quella della circostanza attenuante, ed in parte quella dell'elemento costitutivo del reato, differenziandosi per il resto da entrambe (G. ZUCCALÀ, *Sub art. 59*, cit., p. 237).

E non poca perplessità ha suscitato in dottrina tale disciplina, sostanzialmente per un problema di coerenza logica del sistema normativo, sotto diversi punti di vista.

Intanto per l'inquadramento sistematico delle circostanze aggravanti: "non può non risultare di ardua spiegazione il disciplinare in limiti di responsabilità una categoria di circostanze (le aggravanti) quando poi i limiti stessi sono fondamentalmente esclusi per l'analoga categoria di circostanze (le attenuanti) e richiesti invece per l'evento, elemento essenziale del reato" (G. ZUCCALÀ, *Sub art. 59*, cit., p. 237).

Sorge inoltre qualche dubbio pratico in relazione al bilanciamento delle circostanze eterogenee.

Si corre infatti il rischio che la circostanza aggravante, appesantita dall'elemento psicologico che la norma riscritta richiede in capo al soggetto agente, possa finire con l'aver un'inevitabile peso preponderante e, quindi, una tendenziale prevalenza.

Ulteriore elemento di criticità riguarda la rilevanza, o meno, del fatto che la circostanza vada ad incidere su un reato doloso, oppure su un reato colposo.

Parte della dottrina, soprattutto nei primi commenti successivi alla riforma del 1990, aveva ritenuto corretto distinguere tra dolo e colpa, nel senso che le circostanze conosciute non possano che riferirsi ad un delitto doloso, mentre quelle colposamente ignorate o ritenute inesistenti possano essere contestate sia in caso di delitto doloso che colposo (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 440).

Secondo l'interpretazione dominante, invece, ai fini dell'imputazione della circostanza aggravante, potrebbe anche essere sufficiente che il reo ne abbia ignorato per colpa l'esistenza, a prescindere dal fatto che la circostanza acceda ad un reato-base doloso ovvero ad un reato-base colposo. Da questo punto di vista, peraltro, sulla base di una più approfondita disamina della questione si è ritenuto che, a fronte della rilevata assenza di una univoca omogeneità contenutistica della categoria, appare più corretto apprezzare un criterio di imputazione unitario, in relazione al quale l'applicazione concreta degli effetti aggravanti e/o attenuanti della singola circostanza dovrà essere valutata in ragione del relativo significato di disvalore: in questa prospettiva le circostanze si prestano allora ad essere più correttamente intese quali elementi del tutto "essenziali" rispetto alla corrispondente fattispecie di "reato circostanziato" (o fattispecie "dipendente") (A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 755 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 397) e, sul piano soggettivo, potranno essere valutate a favore od a sfavore del reo solo se apprezzate in base a quel coefficiente di imputazione soggettiva che, nel vincolante rispetto del principio di colpevolezza (questo il principio certamente riconoscibile nell'attuale disciplina dell'art. 59 c.p.), potrà di volta in volta essere identificato come necessario per esprimere il significato attenuante od aggravante di tale più specifica fattispecie (A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 763 ss.; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 373 ss.; A. SPENA, *Accidentalità delicti?*, cit., 692 ss.).

Circa, infine, gli **effetti sistematici** più generali, l'attuale formulazione dell'art. 59 ha risolto alcuni problemi di inquadramento di certi elementi tra quelli costitutivi essenziali del fatto, ovvero tra gli elementi circostanziati: si prenda ad esempio il caso emblematico delle lesioni gravi o gravissime di cui all'art. 583, l'imputazione delle quali, anche optando per la tesi della loro natura circostanziale, richiede almeno la prevedibilità delle stesse (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 420).

4. Circostanze di natura soggettiva – Alcune circostanze sono strutturate in maniera tale da prevedere necessariamente un determinato approccio psicologico da parte del soggetto attivo (cosiddette **circostanze di natura soggettiva**).

Sono, ad esempio, tali le circostanze aggravanti che attonano ai motivi dell'azione criminosa; per loro natura richiedono infatti necessariamente una corrispondente rappresentazione nella psiche del soggetto agente.

Lo stesso dicasi per l'equivalente circostanza attenuante, quale l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale.

In questi casi, sembra obiettivamente imprescindibile il legame psicologico tra agente e circostanza, in quanto il processo conoscitivo o volitivo dell'autore è essenziale per la tipicità stessa delle circostanze in esame (G. ZUCCALÀ, *Sub art. 59*, cit., p. 237).

5. Elemento circostanziale cronologicamente successivo – Quando l'elemento circostanziale sia cronologicamente successivo rispetto alla condotta, perché sia imputabile al soggetto agente, è richiesta la **previsione o la prevedibilità** dell'aggravante.

È del resto intuibile come la conoscenza o la conoscibilità siano riferibili solo a circostanze passate o contemporanee rispetto alla condotta, mentre per le circostanze future si possa appunto fare riferimento solo alla previsione o alla prevedibilità (Cass. 24.9.1999, *CED Cass.*, 216393; Cass. 18.2.1992, *CED Cass.*, 189816) (A. CADOPPI-P. VENIZIANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 389; A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 487) (cfr. Cass. 1.7.1991, rv. 189187).

6. Deroghe – La regola dell'imputazione obiettiva delle circostanze trova nel nostro ordinamento due tipi di deroga. Una espressa, dettata dall'**art. 60 in tema di errore sulla persona dell'offeso**, ed una implicita rappresentata da tutte quelle circostanze che implicano, per la loro natura soggettiva, un **atteggiamento psichico doloso**, senza il quale le stesse non sussisterebbero, quali l'aggravante teleologica, l'aggravante delle sevizie, dell'abuso di relazioni d'ufficio o di prestazioni d'opera (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 421).

Inoltre, è stato sottolineato dalla dottrina come, in ogni caso, anche in presenza di circostanze compatibili con un'imputazione di tipo oggettivo, la giurisprudenza ha spesso tenuto conto, ai fini della concreta determinazione dell'aumento di pena, dell'effettivo atteggiamento psicologico del soggetto agente (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 441).

7. Circostanze putative – Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui.

Il principio è quindi quello dell'**irrelevanza della putatività** (o delle circostanze meramente putative) per cui, laddove il soggetto agente ritenga erroneamente esistenti circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di costui (cfr. Cass. 5.5.1989, rv. 183430).

Per quanto concerne le circostanze aggravanti, la regola si basa sul principio di materialità, per cui non è possibile addebitare al reo qualcosa che è rimasto strettamente confinato alla sfera del suo atteggiamento interiore (A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 389).

Per quanto riguarda le circostanze attenuanti, la disciplina si inserisce nel contesto già illustrato della operatività oggettiva (o criterio obiettivo) delle medesime: nella stessa misura in cui una circostanza attenuante viene valutata a favore del reo, a prescindere dal fatto che questo se la sia rappresentata, ma sul semplice presupposto dell'effettiva esistenza della stessa, così, viceversa, non viene considerata un'attenuante che il soggetto agente ritiene per errore che esista ma che, in realtà, non si è realizzata.

Parte della dottrina auspica, *de iure condendo*, una disciplina che attribuisca efficacia attenuante anche a dati di

valore positivo, per quanto soltanto putativi, come già attualmente previsto (a titolo di eccezione alla regola generale) dall'art. 60, co. 2, c.p. (A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 390).

La putatività, invece, rileva in ordine alle **circostanze di esclusione della pena**.

Tali circostanze, infatti, sono sempre valutate a favore del soggetto agente se quest'ultimo ritiene, per errore, che le stesse esistano.

Il principio vale, indistintamente, per le circostanze di esclusione del reato (cosiddette cause di giustificazione o scriminanti); in relazione, invece, alle cause di non punibilità in senso stretto, la putatività, evidentemente, ha efficacia esimente solo in relazione a quelle preesistenti alla commissione del reato (G. ZUCALÀ, *Sub art. 59*, cit., p. 238).

Da ultimo, la norma prevede che, laddove l'errore da cui sorge la convinzione dell'esistenza di circostanze di esclusione della pena sia determinato da colpa, ed il fatto sia preveduto dalla legge come delitto colposo, la punibilità non sia esclusa.

Vale solo la pena di osservare che il principio è lo stesso sancito dall'art. 47, co. 1, c.p., in tema di errore di fatto (si rinvia pertanto al relativo commento in questo stesso codice).

60 Errore sulla persona dell'offeso

Nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti, che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole.

Sono invece valutate a suo favore le circostanze attenuanti, erroneamente supposte, che concernono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano, se si tratta di circostanze che riguardano l'età o altre condizioni o qualità fisiche o psichiche, della persona offesa.

Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta* (art. 82 c.p.) ✓ *Circostanze non conosciute o erroneamente supposte* (art. 59 c.p.) ✓ *Omicidio del consenziente* (art. 579 c.p.) ✓ *Ignoranza dell'età della persona offesa* (art. 609 sexies c.p.) ✓ *Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti* (l. 7.2.1990 n. 19)

SOMMARIO

1. Premessa generale. – 2. *Error in persona* o *in obiecto*. – 3. *Error in persona* e condizioni soggettive della persona offesa.

1. Premessa generale – L'art. 60 c.p. disciplina l'**errore sulla persona offesa dal reato** e comprende non solo i casi di ***error in persona*** o di ***error in obiecto*** (con divergenza tra vittima designata e vittima effettiva), ma anche l'ipotesi in cui la condotta criminosa è diretta a un **soggetto diverso** da quello rappresentato dall'agente.

La disposizione riguarda soltanto le **circostanze**, dandosi per scontato che il mutamento del soggetto passivo non influisce sul titolo della responsabilità penale: si ha, quindi, un fatto **"strutturalmente doloso"**, al quale accedono – coi primi due commi – **deroghe** alla regolamentazione ordinaria sulle circostanze del reato prevista dall'art. 59

c.p. Pur esservi una carenza di disciplina espressa circa l'addebito di responsabilità conseguente all'*error in persona*, si può ben ritenere che essa sia agevolmente desumibile proprio dal contenuto dell'art. 60 c.p.: se viene regolata l'imputazione di elementi accessori, ne discende che l'*an* della responsabilità non può essere posto in dubbio e che, pertanto, l'identità dell'offeso non rientra nell'oggetto del dolo (T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, Torino, 1988, p. 203; D. ZANIOLO, *Le circostanze del reato*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 52 ss.).

In essa, inoltre, si prevede una **vicenda a tre protagonisti**