

BASILE Fabio, *Commento all'art. 59 – sub B) Circostanze*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., IPSOA, Milano, 2011, pagg. 1036-1059

B) Circostanze aggravanti e attenuanti

SOMMARIO: VI. Nozione, funzione e classificazione delle circostanze - VII. La distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi del reato: rilevanza della distinzione e criteri di distinzione - VIII. (Segue) in particolare, la distinzione tra circostanze aggravanti ed eventi aggravatori dei c.d. reati aggravati dall'evento - IX. La riforma incompiuta dell'istituto delle circostanze: considerazioni generali - X. L'art. 59 co. 2: l'imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti - XI. L'art. 59 co. 1: l'imputazione oggettiva delle circostanze attenuanti - XII. L'art. 59 co. 3: l'irrelevanza delle circostanze putative - XIII. Tentativo e circostanze - XIV. Precedenti legislativi - XV. Casistica.

VI. Nozione, funzione e classificazione delle circostanze

38

Le circostanze sono elementi **accidentali, accessori**, di carattere oggettivo o soggettivo, che, correlati ad un reato già perfetto nei suoi requisiti essenziali, modificano la pena per esso comminata, aggravandola o attenuandola. Ampliando la cornice edittale della pena esse incidono, già nell'astratta previsione legislativa, sulla **misura della punizione**, in termini quantitativi o qualitativi, ma non influiscono in alcun modo sull'esistenza dell'illecito e sulla sua punibilità. Elemento caratterizzante del reato circostanziato è, quindi, la variazione della sanzione prevista per il reato semplice in conseguenza della modificazione della gravità del reato [FIANDACA-MUSCO PtG 417; MARINI (58) 19; MELCHIONDA (68) 893; PADOVANI 246; ROMANO, in *CommSist* I, pre-art. 59, 631; SANTORO (92) 19; per una rivisitazione in senso critico di tali affermazioni, v. SPENA (96) 639].

39

Conseguentemente, **non** rientrano nel novero delle **circostanze in senso tecnico né le circostanze di esclusione della pena** di cui al primo e quarto comma della disposizione in esame (con tale formula il legislatore si riferisce, in modo promiscuo ed impreciso, alle cause di giustificazione, alle scusanti e, nel solo primo comma, alle cause di non punibilità), **né i criteri previsti dall'art. 133** che sono indici di commisurazione giudiziale della pena nell'ambito del limite edittale [denominati anche *circostanze improprie*: CONTENTO (20) 118; MALINVERNI (54) 74; MALINVERNI (55) 190-194; MANTOVANI PtG 395; SANTORO I, 469], **né, infine, gli 'sconti di pena'** introdotti per alcuni **riti speciali** dal co-

dice di procedura penale del 1988, i quali hanno mera natura processuale, e non sostanziale, con funzione premiale e indirettamente deflattiva del carico giudiziale [GUERRINI (47) 277]. Per quanto riguarda l'**imputabilità** e la **recidiva**, cfr. art. 70, 5.

40

L'ampia e dettagliata **tipizzazione legislativa** di dati circostanziali, consistenti in fattori, situazioni, modalità di esecuzione, condizioni ovvero qualità personali, ha lo scopo sia di **specificare il reato semplice** e adeguarlo ai possibili modi di realizzazione del fatto storico [dottrina unanime], sia di **limitare il potere discrezionale del giudice**, vincolandolo a precisi canoni interpretativi [MALINVERNI (55) 189; PADOVANI 247; STILE (98) 99; in relazione al problema delle attenuanti generiche e delle aggravanti indefinite, cfr. art. 62 *bis*].

41

Le circostanze - attesa la loro **efficacia ultraeditale** - operano, almeno in linea di principio, sul piano della **valutazione legale della pena**, contribuendo ad una più esatta descrizione legislativa del disvalore del fatto [BOSCARELLI 180; ROMANO, in *CommSist* I, pre-art. 59, 632; STILE (98) 52]. Esse consentono, inoltre, di **individualizzare la responsabilità penale**, esprimendo un adeguamento della pena al disvalore del caso singolo [BRICOLA (11) 1051; BRICOLA (12) 359-388; CONTENTO (20) 2; MALINVERNI (54) 68; MALINVERNI (55) 190; MANTOVANI PtG 395; MARINI (58) 63; PROSDOCIMI (81) 277-280; esamina diffusamente il problema, in senso parzialmente critico, DE VERO (27) 119].

42

Una **prima**, fondamentale **distinzione** tra circostanze - oltre a quella tra **attenuanti** e **aggravanti** - impone di separare le **circostanze c.d. comuni** dalle **circostanze c.d. speciali**: le circostanze comuni sono quelle previste per un numero *indeterminato* di reati (per tutti i reati, cioè, con le quali non siano incompatibili) e si trovano, tra l'altro, descritte negli artt. 61, 62, 62 *bis*, negli artt. 111, 112 e 114 (per quanto riguarda il concorso di persone nel reato), nonché in alcune leggi speciali; le circostanze speciali, invece, sono previste per uno o più reati *determinati* e si trovano descritte nella parte speciale del Codice o in leggi speciali, di regola in norme che subito seguono la norma incriminatrice del singolo reato o dei singoli reati di riferimento [MARINUCCI-DOLCINI Manuale 466; ROMANO, in *CommSist* I, pre-art. 59, 637].

43

Una **ulteriore**, assai rilevante **distinzione** tra circostanze, cui fa riferimento espresso anche il legislatore a fini di disciplina - ad es. negli artt. 63 co. 3-5 e 157 co. 2 c.p., nonché negli artt. 4 e 278 c.p.p. - è quella tra: 1) circostanze **ad effetto comune**, che comportano un aumento o una diminuzione della pena fino ad un terzo (sono tali ad es. tutte le circostanze di cui agli artt. 61 e 62); 2) circostanze **ad effetto speciale**, le quali importano un aumento o una diminu-

zione della pena superiore ad un terzo (v. ad es. art. 609 *bis* co. 3); 3) circostanze per le quali la legge stabilisce una **pena di specie diversa** rispetto a quella prevista per il reato semplice (v. ad es. artt. 576 e 577), anche dette, nel linguaggio della dottrina, “circostanze **autonome**”. Non espressamente menzionate dal legislatore negli artt. 63 co. 3-5 e 157 co. 2 c.p. e 4 e 278 c.p.p., sopra citati, sono invece le: 4) circostanze per le quali la legge prevede una **pena della stessa specie ma con una diversa cornice** rispetto a quella prevista per il reato semplice (v. ad es. art. 625), anche dette, nel linguaggio della dottrina, “circostanze **indipendenti**”; a fini di disciplina quest'ultime sono ritenute generalmente (ma non pacificamente) assimilabili alle circostanze ad effetto speciale [ROMANO, in *CommSist I*, pre-art. 59, 641].

VII. La distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi del reato: rilevanza della distinzione e criteri di distinzione

44

Uno stesso elemento di fattispecie può, in teoria, essere indifferentemente assunto dal legislatore quale **circostanza** in senso tecnico, ovvero quale **elemento costitutivo** di un autonomo reato, come univocamente risulta dallo stesso disposto letterale degli artt. 61 (“aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali...”), 62 (“attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali...”), e 84 (“la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti...”). **Non esiste**, in effetti, **alcuna differenza ontologica tra circostanze ed elementi costitutivi del reato**, una differenza, cioè, intrinseca, che pre-esista alla scelta, in un senso o nell'altro, di volta in volta operata dal legislatore [ROMANO, in *CommSist I*, pre-art. 59, 634; MELCHIONDA (66) 563; PULITANÒ (85) 679; C s.u. 26.6.2002, Fedi, CED 221663, CP 2002, 3371]. Si pensi, ad es., all'elemento “incendio su boschi, selve o foreste”, considerato dal legislatore, fino al 2000, quale circostanza aggravante del delitto di incendio (v. art. 425, n. 5 vecchio testo), e dal 2000, invece, quale elemento costitutivo del nuovo, autonomo delitto di incendio boschivo (art. 423 *bis*).

45

Se dal punto di vista ontologico non esiste una differenza tra circostanze ed elementi costitutivi del reato, dal punto di vista della **disciplina, sia sostanziale che processuale**, la **differenza** c'è, ed è **notevolissima** [GUERRINI (46) 12; CONCAS (19) 360; MELCHIONDA (65) 799; VASSALLI (103) 7; BASILE (8); MARINUCCI-DOLCINI Manuale 462; C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.].

46

Infatti: *a*) solo le circostanze sono soggette al **giudizio di bilanciamento** di cui all'art. 69 (esteso, con la riforma del 1974, anche alle circostanze c.d. autonome e indipendenti ed alle circostanze inerenti alla persona del colpevole: cfr. art. 69, 1); *b*) il regime di **imputazione soggettiva** delle circostanze (tendenziale

necessità almeno della colpa se si tratta di aggravanti; tendenziale sufficienza della loro oggettiva presenza se si tratta di attenuanti: cfr. *infra*, rispettivamente 66 e 85) è diverso da quello degli elementi costitutivi (per i quali è necessario il dolo, salva espressa previsione della colpa, ai sensi dell'art. 42 co. 2; per la specifica problematica dei delitti aggravati da un evento necessariamente non voluto, cfr. *infra*, 62); *c*) almeno secondo l'opinione prevalente, le circostanze, a differenza degli elementi costitutivi, non incidono sul **tempus** e sul **locus commissi delicti**, sicché la qualificazione di un elemento come circostanziale anziché come costitutivo ha inevitabili ricadute, quanto al “*tempus*”, sulla individuazione del momento consumativo del reato (e, quindi, del *dies a quo* nella prescrizione *ex* art. 158 e della legge applicabile in caso di successione di leggi penali nel tempo) e sulla configurabilità del tentativo (perlomeno qualora si escluda la configurabilità di un tentativo di delitto circostanziato: v. art. 56, 52 ss.), nonché, quanto al “*locus*”, sull'applicabilità della legge penale italiana *ex* art. 6, e sulla determinazione del giudice competente per territorio *ex* art. 8 c.p.p.; *d*) le circostanze soggiacciono ad un **regime di contestazione** all'imputato diverso da quello degli elementi costitutivi (v. artt. 516-518 c.p.p.); *e*) in tema di **concorso di persone nel reato**, mentre l'art. 118 si occupa delle sole circostanze, gli artt. 116 e 117 concernono i soli elementi costitutivi del reato; *f*) infine, la risoluzione del dubbio circa la qualificazione di un elemento come costitutivo ovvero come circostanziale (almeno quando si tratta di circostanze di un determinato tipo) comporta altresì esiti differenti ai fini del computo del **tempo necessario alla prescrizione** del reato ai sensi del nuovo art. 157 co. 2, ai fini della determinazione della **competenza processuale basata sulla misura della pena** ai sensi dell'art. 4 c.p.p., nonché ai fini dell'applicazione delle **misure cautelari** ai sensi dell'art. 278 c.p.p. e dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto ai sensi dell'art. 379 c.p.p. [su tutta la questione v. BASILE (8)].

47

La qualificazione di un elemento come circostanza ovvero come elemento costitutivo del reato è, pertanto, *gravida di importanti implicazioni pratiche* [BASILE (5) 158]. Ciò nondimeno il nostro legislatore – che pure dedica un numero significativo di articoli all'istituto delle circostanze e prevede un profluvio di circostanze – **solo di rado** si preoccupa di specificare, **nel testo** (*e non* meramente nella rubrica) **dello stesso articolo di legge** che prevede l'elemento dubbio, o di altro articolo ad esso strettamente connesso, se tale elemento sia circostanza in senso tecnico. Quando presente, tuttavia, tale **qualificazione legislativa espressa** dovrebbe essere ritenuta **vincolante**, anche qualora ciò possa comportare talune incongruenze: si tratterà, infatti, di incongruenze imputabili al legislatore, che l'interprete non può correggere se non a prezzo di calpestare la lettera della legge [cfr. PADOVANI (72) 195; GUERRINI (46) 33; CONCAS (19) 378; *contra*, BARTOLI (3) 308. Si noti che, *de iure condendo*, è pressante la richiesta rivolta dalla dottrina al legislatore affinché questi definisca *nominativamente* le circostanze ogniqualvolta si presentino: per tutti, VASSALLI (103)

11; GUERRINI (46) 24, 86; pertanto, là dove il legislatore, *de iure condito*, già procede nominativamente, sarebbe coerente attenersi a tale indicazione espressa]. Il legislatore – oltre che in relazione alle circostanze comuni di cui agli artt. 61, 62 e 62 *bis* – ha proceduto ad una siffatta qualificazione espressa in termini circostanziali, tra l'altro, *nel testo* dei seguenti articoli: art. 640 co. 3, che qualifica espressamente come “circostanze” le fattispecie previste al precedente co. 2; art. 625 co. 2, che qualifica espressamente come “circostanze” le fattispecie previste al precedente co. 1; art. 280 co. 5, che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui ai precedenti co. 2 e 4; art. 280 *bis* co. 5, che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui ai precedenti co. 3 e 4.

48

Molto più frequenti sono, tuttavia, i casi in cui manca una siffatta qualificazione legislativa espressa; e per risolvere tali casi dubbi **non** disponiamo nemmeno di **criteri generali fissati dal legislatore** [rilevano tale difetto, amplificato dalle riforme dell'art. 69 e da altre riforme successive che hanno coinvolto l'istituto delle circostanze, VASSALLI (104) 10; GUERRINI (46) 3], sicché spesso uno stesso elemento è stato qualificato, in tempi o in sedi diverse, ora come circostanza ora come elemento costitutivo di un autonomo reato [ARDIZZONE (1) 60; CONTENTO 590; MANNA (56) 3]. Tra i casi più dibattuti e controversi (*circostanza o reato autonomo?*) ricordiamo, a mero titolo esemplificativo, le fattispecie di cui agli artt. 319 *ter* (rispetto ai delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319); 378 co. 3 (rispetto al reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 co. 1); 570 co. 2 (rispetto al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 co. 1); 609 *octies* (rispetto al reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis*); 624 *bis* e 626 (rispetto al reato di furto di cui all'art. 624); infine, 640 *bis* (rispetto al reato di truffa di cui all'art. 640).

49

In questi e negli altri tanti casi dubbi, il compito di individuare gli indispensabili criteri diagnostici dai quali poter desumere, di volta in volta, *l'oggettiva volontà della legge* circa la qualificazione di un determinato elemento come circostanziale o come costitutivo di un reato autonomo è stato, pertanto, assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza [fondamentale la recente sentenza C s.u. 26.6.2002, Fedi, CED 221663, *GI* 2004, 379 con nota di BORGOGNO (9), e in *DPP* 2003, 302 con nota di BARTOLI (3)]. Sono stati così elaborati una **pluralità di criteri, nessuno** dei quali, tuttavia, **è da solo dirimente** [GALLO (36) 566; MELCHIONDA (68) 565]. La qualificazione di un elemento come circostanziale o costitutivo è, pertanto, piuttosto l'esito dell'**applicazione congiunta** di più criteri [GUERRINI (46) 79; PELISSERO (76) 343], alcuni dei quali particolarmente '**forti**', altri decisamente più '**deboli**' [sui criteri di distinzione, v. BASILE (8)].

50

Primo tra i criteri ‘forti’ – anzi, vera e propria *condicio sine qua non* della qualificazione di un elemento come circostanza – è il **rapporto di specialità**: la fattispecie circostanziale deve includere tutti i requisiti propri della fattispecie del reato semplice, con uno o più requisiti specializzanti (per aggiunta o per specificazione); se questo non si verifica, è senz’altro da escludere che la fattispecie in questione possa essere circostanziale [in senso critico, v. tuttavia MELCHIONDA (68) 574; conferisce rilievo alla sola specialità per specificazione MANTOVANI PtG 399]. Ma il rapporto di specialità è *condizione necessaria, non anche sufficiente* a fondare la natura circostanziale di una fattispecie, dal momento che anche un titolo autonomo di reato può risultare speciale rispetto ad un altro reato [GALLO (36) 562; GUERRINI (46) 26; MARINUCCI-DOLCINI Manuale 463; FIANDACA-MUSCO PtG 421; MANNA (56) 2; CONCAS (19) 349; PADOVANI 248; C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.]: si pensi, ad es., all’infanticidio (art. 578), che è fattispecie speciale rispetto all’omicidio (art. 575), pur essendo reato autonomo e distinto da esso; e lo stesso dicasi per il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630) rispetto al sequestro di persona semplice (art. 605). Il solo criterio della specialità, pertanto, non è di per sé risolutivo – a parte il fatto che, almeno in alcune ipotesi, possono sussistere anche ampi margini di incertezza circa la sussistenza o meno di un rapporto di specialità tra due fattispecie (l’evento “incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni” di cui all’art. 583 co. 1 n. 1 – ad esempio – è speciale o è un *quid aliud* rispetto all’evento “malattia” di cui all’art. 582?).

51

Altro criterio ‘forte’, che depone a favore della qualificazione della fattispecie dubbia in termini di circostanza, è la sua **descrizione per relationem**: il legislatore che descrive la fattispecie controversa attraverso il mero rinvio ad un fatto di reato descritto in altra norma, molto probabilmente esprime la volontà di qualificare tale fattispecie come circostanziale. Anzi, secondo la Cassazione [C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.; più cauto GUERRINI (46) 63], la contestuale conformità a questo criterio e a quello di specialità è indice sicuro di qualificazione circostanziale [ed in virtù di tale argomento la Cassazione ha in effetti ritenuto circostanziale la fattispecie di cui all’art. 640 *bis*: C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.; in senso critico, BARTOLI (3) 308; BASILE (8)]. Non sembra, del resto, costituire una valida obiezione al criterio in parola il fatto che talora il legislatore utilizzi una siffatta tecnica di rinvio anche per descrivere reati univocamente autonomi: tramite rinvio, ad es., il legislatore descrive gli (autonomi) delitti colposi contro la salute pubblica (art. 452), o l’(autonomo) delitto di corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320). A ben vedere, infatti, in questi esempi manca la stessa *condicio sine qua non* della qualificazione circostanziale, giacché la *sostituzione* del dolo con la colpa (nell’art. 452), ovvero la *sostituzione* della qualità di pubblico ufficiale con quella di incaricato di pubblico servizio (nell’art. 320) preclude qualsiasi rapporto di specialità tra tali fattispecie e i reati rispettivamente previsti agli artt. 438-445 e 318-9 [C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.].

52

Terzo criterio ‘forte’ che depone a favore di una qualificazione in termini circostanziali è la presenza di **formule del tipo “la pena è aumentata”, “la pena è diminuita”** senza ulteriori indicazioni (si veda, ad es., l’art. 319 *bis*, o la prima parte dell’art. 593 co. 3): in tali casi, infatti, il giudice per quantificare la pena deve fare necessariamente ricorso ai criteri generali stabiliti negli artt. 64 e 65, in tal modo attribuendo natura circostanziale alla fattispecie dubbia [CONTENTO 598; GUERRINI (46) 35; ROMANO, in *CommSist I*, pre-art. 59, 635; TRAPANI (100) 52; PULITANÒ 448; conferisce particolare peso a tale criterio C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.; *contra*, MARINI (58) 74].

53

Quarto criterio ‘forte’, analogo al precedente, è costituito dal **rinvio esplicito alla disciplina del giudizio di bilanciamento tra circostanze**, operato al fine di sottoporre o, più spesso, di sottrarre l’elemento controverso al bilanciamento con *altre circostanze* eterogenee (v., ad es., artt. 280 co. 5, 280 *bis* co. 5, nonché l’art. 3 l. n. 205/1993): il richiamo all’art. 69, infatti, implica logicamente che si tratti di una circostanza, e non di un elemento costitutivo che, in quanto tale, non potrebbe ovviamente soggiacere ad alcun tipo di bilanciamento [PADOVANI (72) 196; ARDIZZONE (1) 123; MARINUCCI-DOLCINI Manuale 463].

54

Minor valore può, invece, attribuirsi ad ulteriori **criteri, ‘deboli’** in quanto privi di un diretto e confortante riferimento normativo, e quindi forniti di valore meramente indiziario, sicché essi andrebbero utilizzati solo in via subordinata, solo ove fallisca, cioè, l’operazione di qualificazione sulla scorta dei precedenti criteri ‘forti’. Si tratta, segnatamente, dei seguenti criteri: **1) l’espressa qualificazione come circostanza contenuta nella rubrica** (si vedano, ad es., le rubriche degli artt. 319 *bis*, 339, 576, 577, 583, 585, 625); **2) la collocazione topografica della fattispecie dubbia**: ove la fattispecie dubbia sia contemplata dallo stesso articolo che descrive il reato semplice, allora si tratterebbe di una sua circostanza; se, invece, essa è prevista in un separato articolo, allora si tratterebbe di un reato autonomo. Si tratta di un criterio ‘debole’ in quanto risulta smentito in un numero elevato di ipotesi: si pensi alle tante circostanze previste in un articolo diverso (v., ad es., artt. 292 *bis* abr., 293 abr., 576, 577, 625, 583) e, per converso, ai tanti reati autonomi previsti nello stesso articolo che descrive un altro reato (v., ad es., artt. 251 co. 2, 403 co. 2, 600 *bis* co. 2) [GUERRINI (46) 61; C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.]; **3) la prossimità topografica tra l’articolo che prevede il reato semplice e l’articolo che prevede la fattispecie dubbia**: quanto più vicini sono i suddetti articoli, tanto più probabile è che il secondo descriva una circostanza; quando invece la distanza aumenta, tale probabilità diminuisce. Ma anche questo criterio conosce numerose smentite, massimamente nel caso di circostanze previste in testi di legge diversi dal reato cui fanno riferimento; **4) l’integrale (ri)descrizione del fatto**, senza alcun rinvio al reato semplice, che depone a favore di una qualificazione in termini di

reato autonomo [CONCAS (19) 378; BARTOLI (3) 308; si tratta, a ben vedere, di una lettura *a contrario* del precedente criterio ‘forte’ della descrizione *per relationem*]; 5) depone, altresì, a favore della qualificazione come autonomo reato l’attribuzione alla fattispecie dubbia di un apposito *nomen iuris* nella rubrica o, ancor meglio, nel testo della norma [MARINUCCI-DOLCINI Manuale 464; GUERRINI (46) 60]: un distinto *nomen iuris* compare, ad es., nel testo e nella rubrica dell’art. 583 *bis*, nonché nella rubrica dell’art. 578 – ed entrambi gli articoli descrivono reati autonomi, rispettivamente, dalle lesioni personali e dall’omicidio doloso.

55

Accanto ai suddetti criteri – forti o deboli che siano, ma comunque tutti validamente utilizzabili – le s.u. della Cassazione [C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.], riprendendo alcune elaborazioni dottrinali, hanno invece bollato come *inutili*, ed anzi fuorvianti, alcuni criteri in passato proposti dalla dottrina e impiegati dalla giurisprudenza. Tra questi **criteri ‘bocciati’** spicca il **criterio di tipo teleologico** [sul quale v. LEONE (52) 237; GUERRINI (46) 45], a lungo impiegato nella stessa giurisprudenza di legittimità. Secondo tale criterio – anche detto dell’*identità/mutamento del bene giuridico o dell’oggettività giuridica* – quando la fattispecie dubbia tutela un bene giuridico diverso rispetto a quello tutelato dal reato semplice, si tratterebbe di un’autonoma figura di reato, giacché la previsione di una (mera) circostanza non potrebbe determinare il mutamento del bene giuridico protetto. Tale criterio, tuttavia, è censurabile in quanto poggia su un’“inversione logica”, giacché per individuare il bene giuridico tutelato da un reato sarebbe *previamente* necessario determinare quali siano i suoi elementi costitutivi e quali quelli circostanziali [C s.u. 26.6.2002, Fedi; CONCAS (19) 368; PADOVANI 248]. Numerosissime sono poi le smentite ‘legislative’ a tale criterio [BARTOLI (3) 306], sia in un senso che nell’altro. *Per un verso*, infatti, può ben esserci un reato autonomo che offende lo stesso bene giuridico di altro reato: ad es., l’infanticidio, pur essendo reato autonomo rispetto all’omicidio, ne offende lo stesso bene giuridico. *Per altro verso*, ben possiamo avere circostanze che ‘espandono’ l’offensività del reato semplice, aggredendo un bene giuridico diverso ed ulteriore: ad es., il delitto di *turbatio sacrorum* (art. 405) tutela il sentimento religioso, e il delitto di evasione (art. 385) l’autorità delle decisioni giudiziarie, ma entrambi possono essere aggravati da una circostanza – l’aver commesso il fatto con violenza o minaccia alle persone – che va a colpire un bene giuridico (l’incolumità personale e/o la libera autodeterminazione) indubbiamente, e significativamente, diverso. Del resto è lo stesso legislatore all’art. 84 a dirci che possono essere considerati “circostanze (aggravanti)” anche fatti che costituirebbero per sé stessi reato, vale a dire fatti che, per necessità logica, presentano profili di offensività diversa rispetto al reato semplice cui accedono [MELCHIONDA (68) 569; BORGOGNO (9) 382].

56

Ugualmente da respingere, in quanto **non validamente utilizzabili**, sono altri

criteri ricavati da alcuni principi generali del nostro ordinamento. Si tratta, segnatamente: - del criterio fondato sul **principio di colpevolezza**, in base al quale si dovrebbe preferire la qualifica della fattispecie dubbia in termini di elemento costitutivo, perché in tal modo si garantirebbe il rispetto del principio di colpevolezza [GUERRINI (46) 36; FIORE II, 7; M. GALLO (38) 9; GROSSO (45) 494; MARINI (58) 90]. Dopo la riforma dell'art. 59 co. 2 (v. *infra*, 65), tale criterio non è, tuttavia, più proficuamente invocabile; - del criterio fondato sul **principio di legalità**, tale per cui ogni dubbio ermeneutico dovrebbe essere risolto contro la qualificazione in termini di reato autonomo, giacché l'art. 25 co. 2 Cost. impone che la qualificazione di una fattispecie come "reato" sia "espressa" [PADOVANI 249; PADOVANI (72) 195]. Senonché, come ha giustamente rilevato la Cassazione, il principio di legalità vale tanto per il reato semplice quanto per il reato circostanziato, sicché, in mancanza di un'espressa qualificazione legislativa, l'interprete dubbioso non potrebbe optare per una configurazione circostanziale invece che autonoma senza incidere ugualmente su tale principio [C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.]; - infine, del criterio fondato sul **favor rei**, tale per cui, in caso di dubbio, l'elemento andrebbe qualificato come circostanza, perché questa soluzione favorirebbe l'imputato, che in tal modo potrebbe godere dei benefici effetti del giudizio di bilanciamento tra circostanze [MARINI (58) 88]. A questo criterio, tuttavia, la Cassazione [C s.u. 26.6.2002, Fedi, cit.; già prima GUERRINI (46) 68] ha efficacemente obiettato, per un verso, che il *favor rei* è un principio di accertamento del fatto addebitato all'imputato, è cioè soltanto un principio che regola l'applicazione della legge al caso concreto, non già un canone di interpretazione della legge stessa; per altro verso, che la configurazione circostanziale non sempre è più favorevole all'imputato: la qualificazione di un elemento dubbio come circostanza *attenuante* espone, infatti, l'imputato alla pena più grave prevista per il reato semplice, ove il giudice ritenga tale attenuante equivalente (o peggio subvalente) rispetto a concorrenti circostanze aggravanti; la qualificazione come circostanza aggravante, invece, ne consentirebbe un accolto all'imputato anche per colpa (anziché solo per dolo, come di regola avviene per i reati autonomi di natura delittuosa) [per l'analisi di ulteriori criteri da 'bocciare', più vetusti e privi di recente riscontro giurisprudenziale, v. GUERRINI (46) 65, sul criterio del precetto, 71 sul criterio dell'analogia, 75 sul criterio 'per esclusione'].

57

Il problema della qualificazione rimane, in ogni caso, assai grave, laddove l'applicazione dei suddetti criteri – di quelli 'forti' e, in subordine, di quelli 'deboli' – conduca a **risultati non univoci** [BASILE (8)]. Una parte della dottrina ritiene, pertanto, che di fronte ad una insuperabile incertezza qualificatoria potrebbe essere sollevata **questione di legittimità costituzionale** per violazione del principio di precisione-determinatezza [MELCHIONDA (68) 726; in senso dubitativo PULITANÒ (85) 679]. Altra parte della dottrina propone, invece, di risolvere tali questioni ostinatamente dubbie facendo ricorso, in via residuale, ai **'classici' criteri ermeneutici**. Potrebbe così venire in rilievo, in primo luogo,

l'interpretazione (ulteriormente) sistematica [MANTOVANI PtG 399], che consentirebbe di risolvere il dubbio qualificatorio avendo riguardo all'intera disciplina in cui è inserita la fattispecie controversa, potendosi infatti individuare o incongruenze macroscopiche che negano l'una o l'altra natura, oppure particolari scelte di disciplina che giocano a favore di una certa qualificazione [così BARTOLI (3) 310; innegabile, tuttavia, l'ampio margine di vaghezza e discrezionalità connesso, nella materia *de qua*, ad una siffatta operazione ermeneutica]. Soprattutto nel caso di fattispecie di nuovo conio, potrebbe altresì farsi ricorso all'*interpretazione storica*, non tanto per dare rilievo alla tradizione legislativa anteriore [così, invece, PANNAIN (74) 180], quanto per valorizzare l'*intentio legis* che può aver sostenuto determinati interventi novellistici. Ad es., il dubbio circa la qualificazione del nuovo art. 624 *bis* (furto in abitazione e furto con strappo) può essere risolto a favore della sua qualificazione come reato autonomo, considerando la volontà del legislatore storico della l. n. 128/2001. Con tale legge – ispirata ad una generale finalità rigoristica nella repressione del furto – queste due fattispecie sono state, infatti, ‘estrapolate’ dalla loro precedente sede (l'art. 625, descrivente le circostanze aggravanti speciali del furto) e, senza subire alcuna radicale modificazione sostanziale, sono state collocate in un nuovo articolo, al fine di sottoporle ad un dosaggio sanzionatorio più severo, che potrebbe essere agevolmente neutralizzato qualora le si considerasse tuttora quali aggravanti, in quanto tali soggette al bilanciamento *ex art. 69* [C 27.4.2006, n. 14512, DPP 2006, 978; C 8.3.2005, Stojanovic, CED 230970].

VIII. (Segue) in particolare, la distinzione tra circostanze aggravanti ed eventi aggravatori dei c.d. reati aggravati dall'evento

58

I problemi qualificatori sopra illustrati (v. 44 ss.) si ripropongono *in termini particolarmente complessi* nei confronti di quegli accadimenti, **cagionati da un reato-base**, alla cui verifica la legge riconnette un trattamento sanzionatorio di maggior rigore (il più delle volte consistente in una diversa specie o in una diversa cornice di pena), e di cui si discute se si tratti di circostanze aggravanti ovvero di elementi (eventi) costitutivi di autonomi **reati, c.d. aggravati dall'evento**.

59

Oltre, infatti, alle ‘consuete’ difficoltà connesse alla distinzione in esame, si aggiunge in questo settore la particolare incertezza e fluidità della stessa categoria dei reati aggravati dall'evento: una categoria di cui il nostro codice non fornisce alcuna definizione, alla quale la legge non avrebbe in realtà attribuito alcun valore o alcuna efficacia generali [VASSALLI (104) 41; SPIEZIA (97) 553], e che solleva tutta una serie di “grovigli e accavallamenti di teorie nei quali l'interprete rischia di smarrirsi” [VASSALLI (104) 25], specie da quando il legislatore ne ha moltiplicato i **profili di complessità** (se non di confusione) attraverso

la riforma di due disposizioni di Parte Generale, le cui possibili ricadute sulla disciplina e sui confini stessi di tale categoria non sono state oggetto di una previa, adeguata meditazione [DE FRANCESCO G. A. (21) 995]: 1) con l'art. 6 d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220) è stato, infatti, modificato l'**art. 69 ultimo comma**, nel senso di consentire il bilanciamento tra circostanze eterogenee anche in caso di circostanze c.d. autonome o indipendenti (cfr. art. 69, 1); per effetto di tale modifica è così sorto l'interrogativo se tale bilanciamento possa ora coinvolgere anche (taluni) degli accadimenti aggravatori in parola, previa loro qualificazione come circostanze aggravanti, anziché come elementi costitutivi di reati aggravati dall'evento; 2) con l'art. 1 l. 7 febbraio 1990, n. 19, è stato poi modificato l'**art. 59 co. 2**, il quale stabilisce ora che "le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente solo se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa" (cfr. *infra*, 66 ss.); per effetto di tale modifica è sorto, pertanto, l'ulteriore interrogativo se a tale regime di imputazione possano essere ora ricondotti anche (taluni) degli accadimenti aggravatori in parola, previa, ancora una volta, loro qualificazione come circostanze aggravanti, anziché come elementi costitutivi di reati aggravati dall'evento.

60

A causa dei predetti "grovigli e accavallamenti di teorie", la dottrina non è, quindi, ancora giunta ad una ricostruzione della categoria in esame pacificamente condivisa. Anzi, **in materia si controverte praticamente su tutto**: sulla stessa denominazione da dare a tale categoria (delitti "aggravati dall'evento" è la denominazione più diffusa; ma talora si preferisce indicarli come delitti "qualificati dall'evento", o "con doppio evento" e, da ultimo, come "reati dall'offesa qualificata"); sui suoi effettivi confini; sui rapporti di tali reati con gli istituti della preterintenzione, del reato complesso, dell'*aberratio delicti*, delle condizioni obiettive di punibilità; sulla rilevanza del tentativo del reato-base ai fini dell'integrazione del fatto tipico ed ai fini della misura della pena del delitto aggravato dall'evento; infine, e soprattutto, sul criterio di imputazione dell'ulteriore evento aggravatore [per i necessari rinvii bibliografici v. BASILE (4) 40].

61

Secondo una definizione dottrinale di massima, "base normativa dei tipi di reato aggravato dall'evento è la integrazione tra due disposizioni, delle quali l'una prevede la punibilità di un comportamento lesivo, l'altra statuisce una sanzione penale più grave, se in correlazione a quel comportamento lesivo si dovesse verificare un accadimento tipicamente descritto" [ARDIZZONE (1) 12]. All'interno dell'ampio *genus* dei reati aggravati dall'evento in tal modo definito, la dottrina ha individuato ora due, ora tre, ora addirittura quattro *species* di ipotesi criminose (non tutte, a dire il vero, connotate da tratti davvero autonomi rispetto ad altre categorie delittuose): **1) contravvenzioni aggravate da un evento** (ad es., la contravvenzione di somministrazione di bevande alcoliche a minori o ad in-

fermi di mente, aggravata "se dal fatto deriva l'ubriachezza": art. 689 co. 2); **2) delitti aggravati da un evento necessariamente voluto** (ad es., il delitto di frode in assicurazione, aggravato "se il colpevole consegue l'intento", cioè l'indennizzo o altro vantaggio derivante da un contratto di assicurazione: art. 642 co. 2, seconda frase); **3) delitti aggravati da un evento indifferentemente voluto o non voluto** (ad es., il delitto di calunnia, aggravato se dal fatto deriva la condanna dell'innocente ad una determinata pena: art. 368 co. 3; il delitto di distruzione o sabotaggio di opere militari se il fatto compromette la preparazione o la efficienza bellica dello Stato, ovvero le operazioni militari: art. 253 co. 2 n. 2); **4) delitti aggravati da un evento necessariamente non voluto**, laddove si parla di evento *necessariamente non voluto* in quanto l'evento, se fosse voluto, verrebbe ad assumere rilievo all'interno di un'autonoma fattispecie incriminatrice dolosa (ad es., il delitto di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli, aggravato se dal fatto deriva una lesione personale o la morte: art. 572 co. 2; se la lesione personale o la morte fossero volute, troverebbero, invece, applicazione i rispettivi delitti dolosi di lesioni personali o di omicidio, di cui agli artt. 582 e 575) [v. TAGLIARINI (99) 20 e 35; DE FRANCESCO G. A. (22) 554; BASILE (4) 41].

62

Se nelle predette ipotesi l'accadimento ulteriore sia circostanza aggravante o elemento costitutivo di un autonomo reato aggravato dall'evento dovrà essere, di volta in volta (cioè reato per reato), accertato utilizzando i criteri di distinzione sopra illustrati (*supra*, 49) [GUERRINI (46) 84; DE FRANCESCO G. A. (22) 556]. Si noti, tuttavia, che proprio in relazione alla *species* più rilevante e discussa di reati aggravati dall'evento, vale a dire quella dei **delitti aggravati da un evento necessariamente non voluto**, tale accertamento può tuttora produrre - oltre alle differenze di disciplina, segnalate *supra*, 45 s. - significative ricadute in ordine al **critério di imputazione** dell'accadimento ulteriore, immancabilmente costituito, in queste ipotesi, dall'evento morte o lesioni o da un evento di comune pericolo [a mero titolo di esempio si vedano i delitti di cui agli artt. 424 co. 2, 427, co. 2, 429 co. 2, 431 co. 2, 571 co. 2, 572 co. 2, 588 co. 2, 591 co. 3]. Se si considera, infatti, tale accadimento ulteriore, necessariamente non voluto, come circostanza aggravante, esso, ai sensi dell'art. 59, fino al 1990 doveva essere imputato oggettivamente, mentre, dopo la riforma del 1990 (v. *infra*, 66), dovrebbe essere imputato per colpa. Se, invece, lo si qualifica come evento aggravatore di un'autonoma figura di reato, esso, se si segue l'originaria *intentio legis* e l'orientamento tradizionale di dottrina e giurisprudenza, andrebbe imputato per responsabilità oggettiva ai sensi dell'art. 42 co. 3, mentre, se si adotta un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, dovrebbe essere imputato per colpa [per i necessari riferimenti v. BASILE (4) 42 e 219].

63

Ebbene, nelle ipotesi dei delitti aggravati da un evento necessariamente non voluto pare preferibile attribuire all'accadimento aggravatore natura di elemento

costitutivo di un'**autonoma figura di delitto aggravato da un evento necessariamente non voluto** [contra ROMANO, in *CommSist* I, pre-art. 59, 637; FIAN-DACA-MUSCO PtG 652; DE FRANCESCO G. A. (22) 559]. A tale risultato si giunge, infatti, non solo in virtù dell'applicazione dei criteri di distinzione sopra illustrati (*supra*, 49 ss.), ma soprattutto in considerazione dei seguenti argomenti: **1)** siffatta qualificazione pare la più conforme all'impostazione originaria del nostro codice che aveva prefigurato una categoria delittuosa del tutto distinta dalle circostanze aggravanti, originariamente riconducibile all'art. 42 co. 3 [v. MARINUCCI-DOLCINI Manuale 465; PUTINATI (86) 313], come risulta del resto confermato dal confronto di tali reati, sia sul piano strutturale che su quello sanzionatorio, con gli artt. 584 e 586 [COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, 1979, 311]; **2)** tale qualificazione, inoltre, permette di sottrarre gli accadimenti in parola (offensivi di beni primari quali la vita, l'incolumità individuale e l'incolumità pubblica) alla bagatellizzazione cui potrebbero andare incontro, se trattati alla stregua di 'semplici' circostanze: il loro disvalore potrebbe, infatti, scomparire senza lasciare tracce sulla pena per effetto di un giudizio di bilanciamento, *ex art.* 69, che riconosca su di essi prevalente o equivalente una qualsivoglia circostanza attenuante, presente nel caso di specie [MANTOVANI PtG 389, 399; MELCHIONDA (65) 801; VASSALLI (104) 18; BASILE (4) 863; LORETO (53) 435]; **3)** infine, occorre rilevare che in molti casi tra il reato-base ed il reato aggravato non si instaura un rapporto di specialità (indispensabile per la qualificazione in termini circostanziali: *supra*, 50), bensì di incompatibilità, in quanto un elemento del primo viene *sostituito* da un elemento del secondo. Ciò si riscontra nei casi in cui: *i)* il reato-base è un reato di pericolo mentre il reato aggravato è un reato di danno: così nel caso dei reati di omissione di soccorso o di abbandono di minori o incapaci, l'evento di pericolo, che connota l'ipotesi base (il pericolo per la vita o l'incolumità), viene *sostituito*, nell'ipotesi aggravata, dall'evento di danno (la morte o la lesione) [MANTOVANI PtG 399; BASILE (5) 161]; *ii)* il reato-base è un reato di pericolo di pericolo mentre il reato aggravato è un reato di pericolo: anche qui (si vedano gli artt. 424 co. 2, 427 co. 2, 429 co. 2, 431 co. 2) l'evento di pericolo di pericolo, che connota l'ipotesi base (ad es., il pericolo di inondazione), viene *sostituito*, nell'ipotesi aggravata, dall'evento di pericolo (l'inondazione) [cfr. DE VERO (27) 188; contra, GUERRINI (46) 29, il quale, tuttavia, più di recente aderisce alla tesi qui sostenuta: GUERRINI (47) 284. In giurisprudenza, invece – perlomeno in relazione all'evento morte, aggravatore del delitto di maltrattamenti (art. 572 co. 2), e sia pure al dichiarato fine di assicurare un'inequivoca imputazione per colpa di tale evento per il tramite dell'art. 59 co. 2 – aderiscono alla tesi della qualificazione in termini circostanziali C 19.11.2009, D.N.C., n. 44492, e C 18.3.2008, Passafiume, n. 12129, CP 2008, 4074].

IX. La riforma incompiuta dell'istituto delle circostanze: considerazioni generali

I vari e rapsodici **interventi novellistici** che nel tempo si sono succeduti nel settore delle circostanze del reato (a partire dal d.lgs.lgt. n. 288/1944, che ha reintrodotto nel nostro ordinamento le attenuanti generiche), pur sorretti da apprezzabili istanze di politica criminale, non sono in realtà scaturiti da una valutazione globale che consentisse una revisione sostanziale ed omogenea delle linee generali dell'istituto, ed hanno così finito con lo *stravolgerne l'originaria sistematica*, essenzialmente fondata sul principio di tassatività, sul criterio dell'imputazione obiettiva, sul divieto di bilanciamento per le circostanze autonome ed indipendenti, nonché sulla regola della predeterminazione legale della rilevanza dell'elemento aggravante o attenuante. Oggi - soprattutto dopo l'ampliamento della discrezionalità del giudice per effetto della riforma del 1974 dell'art. 69, e dopo l'introduzione della regola dell'imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti - **l'istituto delle circostanze** mostra, pertanto, **contorni incerti e ambigui**, al punto che la dottrina avverte la difficoltà di ricostruirne razionalmente la struttura fondamentale [ALESSANDRI, in *CCost*, art. 27, 15; DE VERO (27) 49; MARCONI (57) 2; MELCHIONDA (65) 800, 821; MELCHIONDA (66) 660, 700; LA MONICA (50) 276].

65

In particolare, la **regola dell'imputazione soggettiva delle aggravanti** - presente nei progetti di riforma fin dal 1949 [cfr. DELITALA (25) 366; PUTINATI (86) 40], ma via via rinviata anche per le profonde ripercussioni sistematiche che avrebbe avuto - è stata introdotta con la l. 7 febbraio 1990, n. 19, in modo **inaspettato e frettoloso** [FIANDACA-MUSCO PtG 423; MELCHIONDA (64) 1437; LA MONICA (50) 282], in una fase in cui la dottrina aveva avanzato dubbi *non solo* sulla possibilità di una riforma limitata al solo settore delle circostanze [MELCHIONDA (63) 1389-1409; PULITANÒ (82) 102], *ma anche* sull'opportunità di conservare l'istituto stesso delle circostanze [ALESSANDRI, in *CCost*, art. 27, 15; GROSSO (44) 279; MARCONI (57) 3]. Alla base della riforma del 1990 vi è stata la volontà di concretizzare le istanze abrogatrici dei casi di responsabilità oggettiva, derivanti dal riconoscimento, a partire dalle sentenze C cost. 364/1988 e 1085/1988, di **rango costituzionale al principio di colpevolezza** [FIANDACA-MUSCO PtG 423; PUTINATI (86) 5; MARCONI (57) 2; in giurisprudenza, v. C 7.2.1997, Di Micco, CED 206915, *GP* 1997, II, 622: "la *ratio* della norma (art. 59 co. 2 n.t.) va individuata in esigenze di civiltà giuridica e di ordine costituzionale che radicano la legalità della pena nell'attribuibilità soggettiva dell'aggravante e non nel fatto ontologico in sé, come avveniva in precedenza, e cioè a titolo di responsabilità oggettiva"]. Tale innovazione, tuttavia, è intervenuta in un settore di portata certamente più marginale rispetto ad altre ipotesi di responsabilità oggettiva - non toccate, invece, da analoghi interventi di riforma - e nel quale il rigore della regola del *versari in re illicita* veniva di fatto già temperato dall'ampia discrezionalità del giudice. La dottrina, pertanto, ha accolto quasi con diffidenza la riforma dell'art. 59, *da un lato* considerando la priva di conseguenze pratiche di particolare rilievo [CONTENTO 593; PULITANÒ 446; PUTINATI (86) 157], *dall'altro* criticandola in quanto incompleta e

non sufficientemente meditata nelle sue implicazioni sistematiche [ALESSANDRI, in *CCost*, art. 27, 15; GROSSO (44) 280; MANNA (56) 5].

X. L'art. 59 co. 2: l'imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti

66

L'art. 59, così come risultante dalla riforma operata dalla l. 7 febbraio 1990, n. 19: **1)** ha conservato la regola dell'imputazione oggettiva per le circostanze attenuanti (primo comma: cfr. *infra*, 85); **2)** ha, altresì, conservato la regola dell'irrelevanza delle circostanze erroneamente supposte dall'agente (terzo comma: cfr. *infra*, 87); **3)** ha, invece, inserito la nuova regola dell'**imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti** (secondo comma), in tal modo superando l'originario schema del *versari in re illicita* – dichiaratamente voluto dal legislatore storico per le circostanze aggravanti [*Relazione a S.M. il Re*, 1931, 35, par. 40] – in forza del quale l'autore di un reato dovrebbe rispondere *oggettivamente* per tutte le conseguenze ulteriori di esso [ANTOLISEI PtG 469; FIANDACA-MUSCO PtG 423; VALLINI (101) 37; MARCONI (57) 2; sulla regola del *versari v.*, anche per i necessari rinvii, BASILE (4) 358. Si noti, tuttavia, che già in passato il rigore della rilevanza oggettiva delle aggravanti risultava almeno in alcuni casi aggirabile facendo leva sulla clausola di riserva ("salvo che la legge disponga altrimenti"), prevista al primo comma dell'art. 59 vecchio testo: DELITALA (23) 347].

67

Con la l. n. 19/1990 si è dunque contrapposta alla regola dell'imputazione *oggettiva* delle aggravanti la nuova, antitetica regola dell'imputazione *soggettiva*. Le aggravanti, infatti, possono oggi essere valutate a carico dell'agente soltanto se: **1)** da lui conosciute; **2)** ignorate per colpa; **3)** ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Accanto al criterio della effettiva **conoscenza** (n. 1), il legislatore ha quindi dato rilievo al criterio della **mancata conoscenza dovuta a colpa** (n. 2 e n. 3), vale a dire alla **conoscibilità con la doverosa diligenza** dell'aggravante oggettivamente esistente [MELCHIONDA (64) 1439; MARCONI (57) 133; C 22.11.1994, Dell'Anna, CED 201038, CP 1996, 2181].

68

Si noti, tuttavia, che la **formula introdotta con la novella del 1990**, che dà rilievo alla conoscenza-conoscibilità, è alquanto **infelice** [VALLINI (101) 38]. Essa risente, invero, del *condizionamento* derivante dalla *storia* dei tentativi di riforma dell'art. 59; la volontà di introdurre un regime antitetico a quello del Codice del 1930 ha, infatti, indotto il legislatore del 1990 a fare ancora uso del verbo "conoscere", ma in senso antinomico rispetto a prima (la formula originaria era infatti la seguente: "anche se da lui non conosciute") [DE FRANCESCO G. A. (21) 1007], *senza, tuttavia, tener conto delle difficoltà interpretative* che tale riformulazione avrebbe comportato. Il nuovo secondo comma dell'art. 59 ha, così, sollevato, fin dalle prime interpretazioni dottrinali e applicazioni giuri-

sprudenziali, **due gravi nodi interpretativi**, che sembrano, tuttavia, oggi risolti, almeno in sede di applicazione giurisprudenziale.

69

I) Il **primo nodo interpretativo** può essere espresso col seguente interrogativo: i criteri della conoscenza-conoscibilità possiedono **due ambiti d'applicazione differenziati**, nel senso che la conoscenza è richiesta per le aggravanti che accedono ai reati dolosi, mentre la conoscibilità per le aggravanti che accedono ai reati colposi, **oppure** costituiscono un binomio, espressivo dell'**indifferenza legislativa di fronte alla conoscenza-conoscibilità**? In linea di principio, entrambe le soluzioni paiono compatibili con il disposto letterale dell'art. 59 co. 2, nuovo testo, e plausibili sul piano logico-giuridico.

70

A favore della **prima soluzione (differenziazione)** si era pronunciata, prima del 1990 e in prospettiva *de iure condendo*, autorevole dottrina [MARINUCCI (60) 354; MELCHIONDA (63) 1382; PAGLIARO (73) 11; PULITANÒ (83) 511; ZAGREBELSKY (108) 29], ma attualmente - pur risultando essa gravida di maggiori ricadute sul piano applicativo, ed anzi forse proprio per tal motivo - è sostenuta solo da pochi autori [FIANDACA-MUSCO PtG 424; MONTANARA (70) 129; PEZZANO (77) 491] e non ha trovato riscontro in giurisprudenza.

71

La **seconda soluzione (indifferenza)** è stata, invece, accolta dalla dottrina prevalente [BOSCARELLI 199-201; CONTENTO 591; FLORA (35) 274; MANNA (56) 5; MANTOVANI PtG 418; MARCONI (57) 238; MARINI 653; MARINUCCI-DOLCINI Manuale 471; MELCHIONDA (64) 1449; MELCHIONDA (66) 761; PAGLIARO PtG 487; PULITANÒ 446; RAMACCI 265; ROMANO, in *CommSist I*, art. 59, 611; TRAPANI (100) 43; VALLINI (101) 40; GUERRINI (47) 300; una posizione più articolata è espressa da ZUCCALÀ, in *CB*, art. 59, 238] e dalla giurisprudenza unanime [C 30.1.1992, Altadonna, CED 190644, *CP* 1993, 1679; C 18.2.1992, Cremonini, CED 189816-189817, *FI* 1992, II, 489; C 22.11.1994, Dell'Anna, CED 201038, *CP* 1996, 2181; C 6.12.1994, Imerti, CED 200902, *CP* 1996, 3627; C 16.1.1999, Gottardo, *CP* 1999, 3436, con nota PIRAS (78)]: secondo tale soluzione, l'art. 59 co. 2 esprime l'indifferenza legislativa (salvo le eccezioni di cui si dirà *infra*, 81) rispetto ai criteri della conoscenza o della conoscibilità della circostanza aggravante oggettivamente presente, a prescindere dalla natura, dolosa o colposa, del reato cui essa accede. In sintesi si può, pertanto, affermare che per l'imputazione delle circostanze aggravanti è necessaria **almeno la conoscibilità**, e cioè **almeno** una loro mancata o erronea conoscenza dovuta a colpa.

72

Da quanto appena detto deriva, in particolare, che anche in relazione alle aggravanti che accedono ai reati *dolosi* può assumere rilevanza la mancata o co-

munque errata conoscenza dovuta a *colpa*. Ciò rende conseguentemente possibile il configurarsi di una **combinazione di "dolo" per il reato semplice e di "colpa" per la circostanza aggravante**. Si deve, pertanto, constatare che il legislatore, con l'art. 59 co. 2, ha espressamente ammesso la possibilità di ambientare il rimprovero per colpa in un ambito di illiceità dolosa: c.d. **colpa in attività illecita** [DOLCINI (33) 870: attraverso l'art. 59 co. 2 è lo stesso legislatore a considerare "la colpa inquadrabile anche nell'ambito delle attività illecite"; DONINI (34) 347; VALLINI (101) 40; BASILE (4) 265; BASILE (7) 740]. Del resto, anche la Cassazione ha espressamente riconosciuto che "non sussiste alcuna logica incompatibilità tra l'imputazione, a titolo di dolo, della fattispecie criminosa base e quella, a titolo di colpa, di un elemento accidentale come la circostanza" [C 6.12.1994, Imerti, CED 200902, CP 1996, 3627; C 5.11.1997, Carelli, CED 208936; C 16.2.2006, Matassa, n. 6259, GI 2006, 1921; nello stesso senso v. pure GALLO III 24, nonché ZUCCALÀ, in CB, art. 59, 238: "non può ritenersi incongruente l'accostamento di due parametri soggettivi diversi (il dolo per il fatto base, la colpa per la circostanza) nell'ambito della stessa azione"]].

73

Tuttavia - al pari di quanto avviene in tutte le ipotesi di **combinazione di dolo e colpa** presenti nel nostro ordinamento [v. BASILE (4) 243, 774; BASILE (7) 742] - anche nel settore delle circostanze aggravanti **la colpa**, pur espressamente richiesta dall'art. 59 co. 2, **rischia di sfumare facilmente in responsabilità oggettiva** (con un ritorno al passato, che di fatto riduce la riforma del 1990 a mera operazione di facciata), ogni qual volta la giurisprudenza proceda ad un suo *accertamento in termini presuntivi e/o riduttivi* [all'indomani della riforma, già ALESSANDRI, in *CCost*, art. 27, 106, paventava il possibile impiego, da parte della giurisprudenza, "di rassicuranti formulette di stampo presuntivo, capaci di svuotare la portata della riforma"]:

74

A) il ricorso della prassi ad una **presunzione relativa di colpa** rispetto alle circostanze aggravanti emerge, ad es., nelle seguenti due pronunce: secondo C 30.1.1992, Altadonna, CED 190644, CP 1993, 1679, ai fini dell'applicazione dell'aggravante della disponibilità delle armi da parte di un'associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* co. 4), la presenza della colpa richiesta dall'art. 59 co. 2 è "da riconoscere, *di regola*, in considerazione della natura stessa dell'organizzazione, la quale si avvale normalmente, anche se non necessariamente, delle armi, quale mezzo più efficace per la realizzazione dei suoi peculiari obiettivi di intimidazione, di assoggettamento e di omertà"; secondo C 18.2.1992, Cremonini, CED 189816, FI 1992, II, 489, a proposito delle circostanze aggravanti delle lesioni personali dolose (lesioni gravi o gravissime), "deve ritenersi che *nella maggior parte dei casi* in cui si verificano gli esiti indicati nell'art. 583, detti esiti sono nell'ambito della prevedibilità";

75

B) su di una sorta di **presunzione addirittura assoluta di colpa** sembra poggiare, invece, la sentenza C 28.1.2000, Oliveri, CED 215907, CP 2001, 844, in cui si afferma che il singolo associato risponde dell'aggravante di cui all'art. 416 *bis* co. 6 (finanziamento delle attività economiche, di cui gli associati intendano assumere o mantenere il controllo, con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti) "per il solo fatto della partecipazione, dato che - appartenendo da anni al patrimonio conoscitivo comune che "cosa nostra" opera nel campo economico utilizzando ed investendo i profitti di delitti che tipicamente pone in essere in esecuzione del suo programma criminoso - un'ignoranza al riguardo in capo ad un soggetto che sia a tale organizzazione affiliato è *inconcepibile*" [nello stesso senso, e in relazione alla stessa aggravante, anche C 16.2.2006, Mattassa, n. 6259, GI 2006, 1921];

76

C) rischia, infine, di sponsorizzare un **accertamento in termini riduttivi** della colpa di cui all'art. 59 co. 2, l'ambigua affermazione di C 16.1.1999, Gottardo, CP 1999, 3437, secondo cui il giudizio di prevedibilità, necessario ai fini dell'applicazione di una circostanza aggravante, dovrebbe essere effettuato "alla stregua del minimo di diligenza", quasi a voler intendere che la colpa qui rilevante presenti connotati diversi - e, segnatamente, meno rigorosi - rispetto alla "normale" colpa di cui all'art. 43 [in tal senso anche PIRAS (78) 3442, secondo il quale la sentenza in parola chiarirebbe che "il giudizio di colpa ex art. 59 co. 2 rimarrebbe *diverso* da quello di cui all'art. 43 alinea 3"].

77

A critica delle precedenti pronunce, occorre pertanto rilevare che, affinché il **principio di colpevolezza**, che ha ispirato la riforma del 1990 (v. *supra*, 65), sia **pienamente rispettato**, è necessario che la colpa, richiesta per applicare la circostanza aggravante che accede ad un reato doloso (art. 59 co. 2, seconda parte), sia **concepita ed accertata**, anche in sede giurisprudenziale, **in concreto ed al completo di tutti i suoi elementi costitutivi** (riconoscibilità/prevedibilità ed evitabilità della circostanza, in base ad una valutazione effettuata in concreto, dal punto di vista di un agente modello; inoltre, nel caso di circostanze consistenti in eventi successivi alla condotta, accertamento del duplice nesso tra condotta colposa ed evento circostanziale), *senza* che la prassi imbocchi alcuna scorciatoia o deviazione [per la dimostrazione di tale assunto v., anche per i necessari rinvii, BASILE (4) 774; in generale, sull'accertamento della colpa tramite il parametro dell'agente-modello, BASILE (6) 209].

78

A favore di un siffatto **accertamento in concreto della colpa** in attività illecite di recente si è fermamente espressa - ma in relazione ad altra fattispecie (l'art. 586) - la Cassazione a sezioni unite [C s.u. 29 maggio 2009, Ronci, n. 22676, su cui v. BASILE (7) 701]. Con specifico riferimento, invece, al settore delle

circostanze aggravanti (o all'evento aggravatore dell'autonomo reato aggravato dall'evento, qualora si parta da una diversa qualificazione dell'accadimento ulteriore: v. *supra*, 62-63), a favore di un accertamento in concreto della colpa richiesta dall'art. 59 co. 2 si è orientata altra parte della **giurisprudenza**:

79

A) alcune pronunce di legittimità hanno, infatti, correttamente **cassato sentenze di merito** in cui l'**accertamento della colpevolezza** in ordine alla circostanza aggravante era stato **del tutto omesso o condotto in termini meramente presuntivi**: così C 6.6.1994, Urzo, CED 198529, CP 1995, 2574, che cassa una sentenza di merito in cui il giudice *non aveva motivato* in relazione all'effettiva conoscenza o, per lo meno, alla conoscibilità anche da parte del correo di una circostanza aggravante (nella specie, la qualità di custode nel delitto di violazione di sigilli: art. 349 co. 2); così pure C 31.8.1994, Morabito, CED 199907, secondo la quale la consapevolezza o, in alternativa, la colpevole misconoscenza della presenza di una circostanza aggravante (nella specie, la disponibilità di armi per l'associazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti, di cui all'art. 74 co. 4 T.U. stup.) *non può essere desunta* in base alle semplici dimensioni del traffico di stupefacenti gestito dall'associazione stessa; così, infine, anche C 22.5.2008, Cassoni, CED 240058, la quale, dopo aver ribadito che l'imputazione delle aggravanti deve ancorarsi a un coefficiente di *prevedibilità concreta*, annulla una sentenza di merito che aveva fornito una "spiegazione carente e insoddisfacente" in ordine alla conoscenza-conoscibilità dell'aggravante di cui all'art. 80 co. 1 lett. a), T.U. stup. (spaccio di sostanze stupefacenti a minori);

80

B) in relazione, poi, ad un caso di maltrattamenti seguiti da morte per suicidio (art. 572 co. 2), si è esattamente affermato che "l'evento ulteriore accollato all'agente deve necessariamente ancorarsi a un **coefficiente di prevedibilità concreta** del rischio derivante dalla consumazione del reato base", il che impone "**la ricerca di quei sintomi concreti** in base ai quali verificare la prevedibilità dell'azione suicida, tra cui, a titolo d'esempio, la frequenza e la gravità dei maltrattamenti; l'ambiente in cui si sono verificati; la natura e il tipo di rapporto esistente tra imputato e vittima e, soprattutto, i dati personologici, psichici e morali della vittima, come lo stato di salute fisica e mentale, le condizioni di vita familiare, le convinzioni religiose, nonché precedenti manifestazioni di propositi suicidi ari, casi familiari di suicidio" [C 18.3.2008, Passafiume, n. 12129, CP 2008, 4074]. In relazione, infine, ad un analogo caso, si è ribadito che "l'evento ulteriore accollato all'agente (suicidio della vittima quale aggravante di cui al co. 2 ult. pt., art. 572 c.p.) deve necessariamente ancorarsi ad un coefficiente di prevedibilità concreta del rischio derivante dalla consumazione del reato base", giacché "un differente approccio che prescindesse dalla prevedibilità dell'evento non voluto e che, quindi, accettasse l'ipotesi di una forma di "responsabilità oggettiva", finirebbe per mettersi in aperto contrasto con il regime

di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti previsto dall'art. 59 co. 2, come modificato dalla l. 3/1990" [v. C 19.11.2009, D.N.C., n. 44492; sul punto v. BASILE (7) 748].

81

Sempre a proposito del primo *nodo interpretativo* in esame va, altresì, rilevato che **un limite all'indifferenza legislativa** nei confronti dei criteri della conoscenza-conoscibilità (cfr. *supra*, 71), è posto da quelle circostanze aggravanti che, per la loro stessa formulazione, implicano **necessariamente il connotato della conoscenza** [CONTENTO 593; MARCONI (57) 86-175; MARINI 651; MELCHIONDA (64) 1456; MELCHIONDA (66) 762; PULITANÒ 446; PUTINATI (86) 175]. Si pensi, ad es., all'aggravante della premeditazione (art. 576 co. 1 n. 2 e art. 577 co. 1 n. 3); alle ipotesi di cui ai nn. 5, 6, 9, 11 dell'art. 61, e ai nn. 3 e 4 dell'art. 112, nelle quali sono significative le stesse locuzioni usate dal legislatore (l'aver "profittato", l'aver "abusato", l'essersi "avvalso", l'aver "determinato", ecc.). Si pensi, ancora, alle circostanze che presuppongono un determinato atteggiamento psichico o una determinata finalità soggettiva in capo all'agente, come le ipotesi di cui all'art. 61 n. 1 (motivi abietti o futili) e n. 2 (nesso teleologico o consequenziale), all'art. 380 co. 2 n. 1 (collusione), all'art. 556 co. 2 (induzione in errore), all'art. 573 co. 2 (fine di libidine), nonché all'art. 640 co. 2 n. 1 seconda parte (pretesto di esonero dal servizio militare) e n. 2 (produzione di timore immaginario o di erroneo convincimento). Peraltro, è proprio la presenza, all'interno del nostro ordinamento, di siffatte ipotesi, che rende ragione della scelta legislativa di menzionare esplicitamente nell'art. 59 co. 2, accanto al criterio della conoscibilità, anche quello della conoscenza [cfr. MELCHIONDA (64) 1441].

82

L'indifferenza legislativa nei confronti della conoscenza-conoscibilità delle circostanze aggravanti **non** implica, peraltro, necessariamente una pari **indifferenza giudiziale**, giacché, in fase di commisurazione della pena (in senso lato), l'effettiva conoscenza di un'aggravante potrà in concreto comportare un aumento di pena più cospicuo ed esercitare un peso maggiore in sede di bilanciamento (art. 69) di quanto avverrebbe nell'ipotesi di sua mera conoscibilità [PUTINATI (86) 152]. Problematico risulterà, tuttavia, il caso delle aggravanti c.d. autonome (*supra*, 43), qualora per esse il legislatore abbia previsto una pena in misura fissa (ad es., l'ergastolo comminato dall'art. 577): in questi casi, conoscenza e conoscibilità dell'aggravante comporteranno la stessa pena, senza possibilità per il giudice di adeguare la misura della sanzione alla misura dell'effettivo grado di rimproverabilità soggettiva dell'aggravante al suo autore [v. VENAFRO, in *CodPen*, art. 59, 314].

83

II) Il secondo nodo interpretativo, posto dal nuovo testo dell'art. 59 in rela-

zione all'imputazione delle aggravanti, può essere espresso col seguente interrogativo: i criteri della conoscenza-conoscibilità si riferiscono esclusivamente alle **circostanze precedenti o concomitanti** alla condotta dell'agente (le uniche che, a rigore, possono essere oggetto di conoscenza-conoscibilità), **oppure** possono essere riferiti **anche alle circostanze** che, consistendo in accadimenti futuri, sono **successive** alla condotta dell'agente (e che, a rigore, potrebbero costituire solo oggetto di previsione-prevedibilità, ma non già di conoscenza-conoscibilità)?

84

Per la prima soluzione, di certo più aderente al disposto letterale, si è schierata un'autorevole dottrina, rimasta isolata [ANTOLISEI PtG 469], mentre la seconda soluzione - imposta da ragioni di coerenza logico-sistematica, ma non certo testuale - è oramai accolta dalla dottrina dominante [DE FRANCESCO G. A. (21) 1003; FIANDACA-MUSCO PtG 653; Fiore II, 18; MARCONI (57) 255; MELCHIONDA (64) 1465; ROMANO, in *CommSist* I, art. 59, 650; PADOVANI 252] e si è consolidata in giurisprudenza, ove si afferma che la modifica dell'art. 59 riguarda **"tutte le circostanze aggravanti**, non solo, quindi, quelle antecedenti o contemporanee alla condotta dell'agente, ma **anche quelle successive**. È vero che grammaticalmente si può parlare di 'conoscenza' o di 'ignoranza per colpa' in relazione a un dato già esistente, e non a quello che viene ad essere integrato in un momento successivo alla condotta. Peraltro - considerata da una parte la sopra menzionata tendenza alla quale si è ispirato il legislatore (superamento della responsabilità oggettiva), dall'altra che la regolamentazione dell'art. 59, vecchia e nuova formulazione, formalmente riguarda tutte le circostanze aggravanti e ragionevolmente deve escludersi che una parte delle circostanze non abbia avuto regolamentazione alcuna - appare corretta un'interpretazione per la quale, in relazione alle circostanze aggravanti successive alla condotta, la 'conoscenza' o 'ignoranza per colpa' significhino **'previsione' o 'prevedibilità'** del fatto-circostanza aggravante" [C 18.2.1992, Cremonini, CED 189816, *FI* 1992, II, 489; C 24.9.1999, Tinnirello, CED 216393, *CP* 2001, 1200].

XI. L'art. 59 co. 1: l'imputazione oggettiva delle circostanze attenuanti

85

La regola dell'**imputazione oggettiva delle circostanze attenuanti**, che sono valutate a favore dell'agente "anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti" - regola rimasta invariata rispetto al regime precedente e mai posta in discussione nei progetti di riforma -, incontra un **sostanziale consenso in dottrina** in quanto, incidendo essa favorevolmente sul trattamento punitivo, non pone alcun problema di compatibilità con il principio di colpevolezza [BOSCARELLI 199; PADOVANI 252].

86

La regola generale dell'imputazione oggettiva delle circostanze attenuanti tro-

va, tuttavia, un limite in relazione a quelle ipotesi circostanziali, nelle quali è la legge stessa a subordinare *espressamente* l'applicazione dell'attenuante all'effettiva **presenza di un determinato coefficiente soggettivo**, essendo la riduzione di pena dovuta a un minor grado di rimproverabilità individuale dell'agente: così, ad es., affinché si possa applicare l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 seconda parte, è necessaria l'effettiva presenza, in capo al reo, della *finalità di elidere o attenuare* le conseguenze dannose o pericolose del reato; parimenti, per l'applicazione delle attenuanti di cui agli artt. 630 co. 5, 73 co. 7 t.u.l.stup. ed 8 co. 1 l. 12 luglio 1991, n. 203 (*Legge sulla lotta alla criminalità organizzata*), è sempre necessaria la presenza, in capo al reo, dello *scopo di evitare* che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori [v. MELCHIONDA (64) 1475; ROMANO, in *CommSist I*, art. 59, 610; ZUCCALÀ, in *CB*, art. 59, 238]. Assai più problematiche sono, tuttavia, quelle ulteriori circostanze, nelle quali la *ratio* della riduzione di pena risiede ancora una volta in un minor grado di rimproverabilità individuale, ma la cui applicazione *non* è dalla legge subordinata alla presenza di alcun coefficiente soggettivo *espresso*. Si pensi, ad es., all'attenuante del delitto di procurata evasione, consistente nell'aver commesso il fatto a favore di un prossimo congiunto (art. 386 co. 4 n. 1): in teoria, per effetto dell'art. 59 co. 1, tale attenuante potrebbe essere applicata a favore dell'agente anche qualora questi abbia completamente ignorato che l'evaso fosse un suo prossimo congiunto. Nella prassi il problema viene spesso aggirato, subordinando l'applicazione di siffatte attenuanti alla presenza di un determinato coefficiente soggettivo (conoscenza e/o volontà), inserito (più o meno arbitrariamente) *in via interpretativa* nelle rispettive fattispecie legali [v., in tema di risarcimento del danno di cui alla prima parte dell'art. 62 n. 6, C 17.1.1997, Lonerio, *CP* 1998, 1079; C 29.11.1995, Sapienza, CED 203704; C 25.11.1993, Ceglie, *CP* 1995, 703; C 8.10.1993, Prini, *CP* 1995, 704; C s.u. 23.11.1988, Presicci, *CP* 1989, 1035. L'interpretazione soggettivistica di tale attenuante è stata, tuttavia, censurata da C cost. 23.4.1998, *CP* 1999, 395, con nota di BISO-RI].

XII. L'art. 59 co. 3: l'irrilevanza delle circostanze putative

87

L'art. 59 co. 3, anche dopo la riforma del 1990, mantiene ferma l'originaria regola dell'**irrilevanza delle circostanze** - attenuanti o aggravanti che siano - c.d. **putative**, cioè di quelle circostanze oggettivamente assenti, ma dal reo per errore ritenute presenti.

88

Tale regola è ineccepibile in relazione alle **aggravanti**: nell'ambito del nostro diritto positivo, che è *diritto penale del fatto*, non è infatti concepibile l'addebito di aggravanti ritenute erroneamente esistenti, ma in realtà non verificatesi (si tratta, invero, della stessa logica che fonda la disciplina del reato putativo di cui all'art. 49 co. 1) [ROMANO, in *CommSist I*, art. 59, 651].

In relazione, invece, alle **attenuanti**, almeno secondo una parte della dottrina il rispetto del principio di colpevolezza dovrebbe imporre di valutare a favore del reo i fattori attenuanti che questi si è rappresentato per errore non colposo [ALESSANDRI, in *CCost*, art. 27, 15; GROSSO (42) 715; VALLINI (101) 41; in una prospettiva di riforma, cfr. GROSSO (45) 254], tanto più che una siffatta soluzione risulterebbe anche più coerente con la disciplina dell'errore sul fatto dettata dall'art. 47 co. 1 in relazione agli elementi costitutivi del reato e, soprattutto, con la disciplina delle cause di giustificazione e delle scusanti putative di cui all'art. 59 co. 4. *In senso contrario*, tuttavia, altra parte della dottrina segnala, *in primo luogo*, che il temuto strappo dal principio di colpevolezza sarebbe in realtà circoscritto a quelle sole ipotesi di circostanze attenuanti che incidono sulla rimproverabilità individuale del soggetto agente [MELCHIONDA (63) 1393; MELCHIONDA (64) 1476]; *in secondo luogo*, che sarebbe in ogni caso impossibile attribuire un qualsiasi rilievo alla putatività in relazione a circostanze attenuanti estrinseche (come quella di cui al n. 5 dell'art. 62), o a circostanze attenuanti la cui verifica è cronologicamente successiva all'integrazione del fatto di reato (come quelle contenute nel n. 6 dell'art. 62 o nel n. 2 del quarto comma dell'art. 385); *in terzo luogo*, che l'eventuale affermazione legislativa dell'equivalenza tra putativo e reale nell'ambito degli elementi accidentali del reato comporterebbe rilevanti *difficoltà probatorie* [MELCHIONDA (64) 1476]; *in quarto luogo* - e si tratta del rilievo più significativo - che il principio di colpevolezza impone il riscontro di una rimproverabilità all'agente di quanto di negativo da lui realizzato, ma non anche la valutazione a suo favore di quanto di positivo egli abbia solo pensato [ROMANO, in *CommSist I*, art. 59, 652; GUERRINI (47) 300].

XIII. Tentativo e circostanze

90

Sui rapporti tra delitto tentato e circostanze del reato, e in particolare sulla pacifica configurabilità del **tentativo circostanziato di delitto** (o delitto tentato circostanziato) e sulla controversa ammissibilità del **tentativo di delitto circostanziato** (o delitto circostanziato tentato) si rinvia al commento dell'art. 56, 53 ss.

XIV. Precedenti legislativi

91

Il primo e il secondo comma dell'articolo in commento sono stati inseriti, in sostituzione dell'originario primo comma, dall'art. 1 l. 7 febbraio 1990, n. 19. Il testo previgente disponeva: "[1] *Salvo che la legge disponga altrimenti, le circostanze che aggravano ovvero attenuano o escludono la pena sono valutate, rispettivamente, a carico o a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti*".

XV. Casistica

92

C 17.6.1994, Jahzni, CED 199278, CP 1996, 412: l'aggravante dei *motivi abietti o futili* (art. 61 n. 1) è compatibile con la personalità anomala dell'imputato quando si tratti di semplici anomalie del carattere che, non influenzando in alcun modo sulla capacità d'intendere e di volere, non possono influire sull'imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti; **C 12.3.1991, Bonetti, CED 187649, CP 1993, 12:** la circostanza di cui all'art. 61 n. 5 sussiste quando l'agente approfitta di circostanze di tempo, di luogo o di persona, da lui *conosciute*, e che abbiano, in relazione alla situazione esistente, agevolato in concreto la commissione del reato, come, in caso di uxoricidio, la debolezza fisica o psichica della moglie; **C 18.2.1992, Cremonini, CED 189816-7, FI 1992, 489:** la valutazione di prevedibilità del fatto-circostanza aggravante (nella specie, perdita di sei denti a seguito di calci e pugni, integrante indebolimento permanente di un organo ai sensi dell'art. 583 co. 1 n. 2) deve essere fatta da caso a caso, anche qualora concorrano particolari condizioni fisiche o di salute della persona offesa; dovendosi peraltro in tal caso osservare che la prevedibilità va valutata tenendo conto, oltre che della situazione *apparente* che riveli le particolari condizioni di cui sopra, anche della situazione *prevedibile* in relazione all'età, al sesso, e a quant'altro nel caso specifico possa ragionevolmente essere preso in considerazione; **C 22.11.1994, Dell'Anna, CED 201038, CP 1996, 2181:** ai fini dell'applicazione dell'aggravante prevista al secondo comma del delitto di favoreggiamento personale (art. 378) occorre dimostrare che l'agente *conosca* che la persona favoreggiata è ricercata per il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso ovvero *ignori per colpa* tale circostanza; **C 6.4.1995, Primavera, CED 202352; C 30.1.1992, Altadonna, CED 190644, CP 1993, 1679:** quando sia accertato il possesso di armi, anche nei confronti di alcuni soltanto dei compartecipi di un'associazione di tipo mafioso, la relativa aggravante (art. 416 *bis* co. 4) è configurabile a carico di ogni altro compartecipe che sia *consapevole* di detto possesso o che lo *ignori per colpa*, quest'ultima essendo da riconoscere, *di regola*, in considerazione della natura stessa dell'organizzazione, la quale si avvale normalmente, anche se non necessariamente, delle armi, quale mezzo più efficace per la realizzazione dei suoi peculiari obiettivi di intimidazione, di assoggettamento e di omertà; **C 6.12.1994, Imerti, CED 200902, CP 1996, 3627:** l'aggravante delle armi è applicabile anche agli aderenti al gruppo che *per colpa ignorino* la disponibilità delle stesse, dal momento che, per l'ampia formulazione dell'art. 59, *non sussiste alcuna logica incompatibilità* tra l'imputazione, a titolo di *dolo*, della fattispecie criminosa base e quella, a titolo di *colpa*, di un elemento accidentale come la circostanza in questione; **C 16.1.1999, Gottardo, CP 1999, 3437:** qualora un portatore del virus Hiv, sanguinante per una precedente ferita, intraprenda una colluttazione con altra persona utilizzando un oggetto contundente (un cacciavite), deve ritenersi prevedibile, con un *minimo di diligenza*, che ci sarebbe stato un contatto di sangue e, quindi, una possibile trasmissione del virus, come effettivamente av-

venne; a carico del portatore del virus, reo di lesioni personali dolose, può, pertanto, essere applicata l'aggravante di cui all'art. 583 co. 2 n. 1.

BIBLIOGRAFIA: (1) ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, 1984; (2) ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, 287; (3) BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?*, *DPP* 2003, 302; (4) BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, 2005; (5) BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591) - teoria e prassi*, 2008; (6) BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in BELLANTONI, VIGONI, *Studi in onore di Mario Pisani*, III, 2010, 209; (7) BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sez. Un. sull'art. 586*, in BERTOLINO, EUSEBI, FORTI, *Studi in onore di Mario Romano*, 2011, 701; (8) BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Coppi*, 2011; (9) BORGOGNO, *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, *GI* 2004, 379; (10) BOSCARRELLI, *Proposte per una revisione tecnica del I libro del Codice penale*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, 1982, 89; (11) BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, *RIDPP* 1964, 1019; (12) BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, 359-388; (13) CALABRIA, *Considerazioni sul delitto "tentato circostanziato", "circostanziato tentato", "circostanziato tentato circostanziato"*, *RIDPP* 1990, 1354; (14) CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, 1989; (15) CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, 303; (16) CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, 2000; (17) COGNETTA, *La funzione dell'art. 491 c.p.: un'opzione problematica tra circostanza aggravante e titolo autonomo di reato*, *CP* 1980, 1038; (18) CONCAS, *Scriminanti*, *NsD*, XVI, 1969, 793; (19) CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, *AP* 1974, I, 345; (20) CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, 1963; (21) DE FRANCESCO G. A., *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, *RIDPP* 1993, 994; (22) DE FRANCESCO G. A., *I reati aggravati dall'evento*, *SI* 1996, 554; (23) DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, *RIDP* 1935, 593, ristampa in *Diritto Penale I*, 1976, 347; (24) DELITALA, *L'aggravante del porto di un'arma nel reato di furto*, in *Diritto penale II*, 1976, 977; (25) DELITALA, *Sul progetto preliminare del I libro del codice penale*, *RIDP* 1950, 172, ristampa in *Diritto Penale I*, 1976, 366; (26) DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, in *Raccolta degli scritti*, 1976, 3; (27) DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, 1983; (28) DE VERO, *Le scriminanti*

nanti putative, RIDPP 1998, 773; (29) DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, 1998; (30) DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, 1957; (31) DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, RIDPP 1979, 755; (32) DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, 1982, 255; (33) DOLCINI, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, RIDPP 2000, 870; (34) DONINI, *Teoria del reato*, 1996, 347; (35) FLORA, *Errore*, Dpen, IV, 1990, 274; (36) M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, RIDPP 1949, 560; (37) M. GALLO, *Dolo*, EdD, XII, 1964, 750; (38) M. GALLO, *Le forme del reato*, 1967; (39) E. GALLO, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Studi Vassalli*, I, 1991, 359; (40) GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, 1961; (41) GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. "delitti aggravati dall'evento"*, RIDPP 1963, 443; (42) GROSSO, *Responsabilità penale*, NsD, XV, 1982, 707; (43) GROSSO, *Cause di giustificazione*, EGT, VI, 1988; (44) GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, 269; (45) GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, 1993, 247; (46) GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, 1988; (47) GUERRINI, *Le circostanze del reato*, in CADOPPI, *Introduzione al sistema penale*, II, 2001, 273; (48) GUGLIELMINI, *La disciplina delle circostanze aggravanti secondo la nuova normativa dell'art. 59 c.p. dettata dall'art. 1 legge 7 febbraio 1990 n. 19*, GP 1991, II, 699; (49) HIRSCH, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, RIDPP 1991, 758; (50) LA MONICA, *Circostanze del reato*, EdD - agg, VI, 2002, 276; (51) LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, 1967; (52) LEONE, *Del reato abituale, continuato, permanente*, 1933; (53) LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite*, IP 2007, 420; (54) MALINVERNI, *Circostanze del reato*, EdD, VII, 1960, 66; (55) MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze*, SP 1965, 185; (56) MANNA, *Circostanze del reato*, EGT, VI, 1993; (57) MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, 1993; (58) MARINI, *Le circostanze del reato*, 1965; (59) MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, RIDPP 1983, 1190; (60) MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, 349; (61) MARINUCCI, *Antigiuridicità*, Dpen, I, 1987, 172; (62) MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, Dpen, II, 1988, 132; (63) MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva" delle circostanze del reato nelle prospettive di riforma*, RIDPP 1988, 1377; (64) MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, RIDPP 1990, 1433; (65) MELCHIONDA, *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, RIDPP 1994, 793; (66) MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, 2000; (67) MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, SI 2001, 1168; (68) MELCHIONDA, *Circostanze del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, 2006,

893; (69) MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, 1992; (70) MONTANARA, *Tentativo (dir. vig.)*, EdD, XLIV, 1992, 117; (71) NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, 1947; (72) PADOVANI, *Circostanze del reato*, Dpen, II, 1988, 187; (73) PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Stile (a cura di)*, *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, 5; (74) PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, 1936; (75) PEDRAZZI, *L'"exceptio veritatis". Dogmatica ed esegesi*, RIDP 1952, 428; (76) PELISSERO, *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, DPP 1999, 342; (77) PEZANO, *Lesioni personali aggravate e nuova disciplina delle circostanze*, FI 1992, 489; (78) PIRAS, *L'imputazione delle circostanze aggravanti: la fattispecie della malattia insanabile conseguente al reato di lesioni personali*, CP 1999, 3438; (79) PREZIOSI, *L'attenuante del risarcimento del danno prevista dall'art. 62 n. 6 e la nuova disciplina delle circostanze del reato*, CP 1993, II, 1411; (80) PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, 2000; (81) PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, IP 1983, 269; (82) PULITANÒ, *Una pretesa riforma penale*, QG 1970, 101; (83) PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza ed il progetto di riforma penale*, Jus 1974, 499; (84) PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 1976; (85) PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *DOLCINI-PALIERO, Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, 657; (86) PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, 2008; (87) ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, RIDPP 1990, 55; (88) ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in *MOCCIA (a cura di), Antigiuridicità e cause di giustificazione*, 1996, 23; (89) ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti*, ibidem, 87; (90) SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, 1961; (91) SANTORO, *Le circostanze del reato*, 1952; (92) SANTORO, *Circostanze del reato*, NsD, III, 1981, 264; (93) SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, 1998; (94) P. SIRACUSANO, *Reazione ad atto di pubblico ufficiale ed arbitrarietà putativa*, RIDPP 1973, 935; (95) SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione*, 1980; (96) SPENA, *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, RIDPP 2009, 639; (97) SPIEZIA, *Rilievi sulla nozione giuridica di incendio e di danneggiamento seguito da incendio*, RP 1938, 553; (98) STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, 1971; (99) TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, 1979; (100) TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, 1992; (101) VALLINI, *Circostanze del reato*, Dpen - agg., I, 2000, 36; (102) VASSALLI, *Cause di non punibilità*, EdD, VI, 1960, 609; (103) VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, RIDPP 1975, 3; (104) VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, 1975; (105) VASSALLO, *La nuova disciplina delle circostanze aggravanti: un passo ulteriore verso la piena attuazione del principio costituzionale della responsabilità penale personale*, DP 1990, 70; (106) VENAFARO, *Scusanti*, 2002; (107) VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, 2000; (108) ZAGREBELSKY, *Relazione conclusiva*, in *Vassalli (a cura di), Problemi generali di diritto penale*, 1982, 9;

(109) ZAZA, *Le circostanze del reato, I – Elementi generali e circostanze comuni*, 2002.