

REATO AUTONOMO O CIRCOSTANZA? PUNTI FERMI E QUESTIONI ANCORA APERTE A DIECI ANNI DALL'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE SUI "CRITERI DI DISTINZIONE"

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Gli effetti della distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi del reato*. – 3. *Il valore della qualificazione espressa nel corpo della norma*. – 4. *Criteri di distinzione 'forti'*. – 5. *Criteri di distinzione 'deboli'*. – 6. *Criteri di distinzione 'inutili'*. – 7. *I criteri sopra illustrati messi alla prova*. – 8. *Fattispecie ostinatamente dubbie, interpretazione (ulteriormente) sistematica, intento legis*. – 9. *Epilogo*.

1. *Premessa*

Reato autonomo o circostanza? Questa la domanda sollevata, e lucidamente affrontata, almeno in due significative occasioni dal Maestro che oggi onoriamo: circa trent'anni fa in relazione alla morte o alla lesione conseguenti ai maltrattamenti in famiglia (art. 572 co. 2)¹⁻², e circa vent'anni fa in relazione alla fattispecie, allora di nuovo conio, della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis*)³. Una domanda tuttora attuale – anzi, “una vera costante del pensiero giuridico-penale”⁴ – non solo in relazione alle predette fattispecie, bensì in relazione ad un considerevole numero di ipotesi

¹ F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 302 ss.

² Gli articoli di legge qui di seguito citati senza indicazione ulteriore sono tratti dal codice penale.

³ F. COPPI, *Appunti in tema di "malversazione a danno dello Stato" e di "truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche"*, in M.C. BASSIOUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, Milano, 1991, 575.

⁴ F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, 333.

della cui natura, di reato autonomo o di circostanza di altro reato, si dubita e si controverte accesamente.

La nostra legislazione penale dedica un ampio gruppo di norme alla previsione e disciplina delle “circostanze del reato”, dalla cui presenza possono derivare, come è noto, significativi effetti non solo sulla misura della pena (e ciò già basterebbe, attesa la loro efficacia ultraeditale), ma anche su una serie di istituti ulteriori (v. subito *infra*, 2). Ciò nondimeno, in numerosi casi rimane drammaticamente aperta la questione pregiudiziale dalla cui soluzione dipende l'applicabilità di questo cospicuo apparato normativo: siamo davvero di fronte ad una circostanza, o non si tratta piuttosto di una figura autonoma di reato?

Su tale questione – e proprio in relazione ad una delle fattispecie già messe sotto la lente di ingrandimento da Franco Coppi: quella della truffa aggravata di cui all'art. 640 *bis* – sono intervenute nel 2002 le Sezioni unite della Cassazione con una pregevole sentenza (nel prosieguo: la “sentenza Fedi”), ricca di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, nella quale, con un approccio di tipo generalizzante, sono stati ‘selezionati’, tra i tanti proposti in dottrina e giurisprudenza, alcuni criteri di distinzione, con l'aspirazione di fornire indicazioni valide anche al di fuori del caso specifico ivi affrontato⁵.

Tale sentenza, pur non avendo centrato appieno l'obiettivo, ha, tuttavia, il merito di aver fornito nuova linfa al dibattito in materia⁶

⁵ Cass., sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *CED Cass.*, n. 221663.

⁶ Basti pensare al gran numero di note in cui essa è stata commentata: G. AMATO, *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelati*, in *Guida dir.*, 2002, n. 42, 64; G. ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 3378; R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziantе?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 303; R. BORGOGNO, *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, in *Giur. It.*, 2004, 379; F. CINGARI, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in Palazzo (a cura di), *La giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione – Diritto penale*, Padova, 2005, 212; A. FABBRO, *Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?*, in *Cass. pen.*, 2003, 2322; V. PEZZELLA, *Truffa sul conseguimento di erogazioni pubbliche: attenti alla prescrizione*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 38, 31; D. TERRACINA, *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il ruolo del bene giuridico nella fattispecie di reato*, in *Ind. pen.*, 2003, 667. Traggono spunto dalla sentenza Fedi per alcune osservazioni sulla problematica in esame, anche G. AMARELLI, *Circostanze ed*

che, in dottrina – dopo il prezioso contributo di Guerrini del 1988⁷ e altri contributi più risalenti⁸ – si era pressoché assopito, arenandosi su singole ipotesi controverse, nella rinuncia alla ricerca di criteri di distinzione di validità generale.

Con questo scritto intendo pertanto fare il punto su tale rinnovato dibattito, offrendo al lettore, senza alcuna pretesa di originalità, un ‘catalogo ragionato’ dei criteri di distinzione proposti dalla dottrina e accolti dalla giurisprudenza più recente. Peraltro – raccogliendo l’insegnamento dell’Onorando, che sempre grande attenzione ha saputo dedicare non solo ai profili teorici, ma anche alle ricadute applicative degli istituti penalistici – nella prima parte del mio contributo cercherò di evidenziare le principali conseguenze pratiche che derivano dall’inquadramento di una fattispecie dubbia tra gli elementi circostanziali ovvero tra quelli costitutivi del reato⁹.

2. *Gli effetti della distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi del reato*

È risaputo che uno stesso dato di fattispecie può, in teoria, essere

elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione, in *Cass. pen.*, 2007, 2815, nonché D. PULITANÒ, *Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 679.

⁷ R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988.

⁸ Tra gli altri, R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936, 177 ss.; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, 39 ss., 66 ss.; M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 560; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, 3 ss.; G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 3 ss.; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 65 ss.; L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.* 1974, I, 345; G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall’evento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, 3; A. CADOPPI, *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti al vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari*, in *Giur. merito* 1985, 662.

⁹ Per l’analisi di ulteriori profili controversi dell’istituto delle “circostanze del reato”, che non saranno oggetto del presente contributo, sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza, a F. BASILE, *Commento all’art. 59 - sub B) - Circostanze aggravanti ed attenuanti*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, n. 38 ss.

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, infatti, alcuna differenza *ontologica* tra circostanze ed elementi costitutivi del reato, una differenza, cioè, intrinseca, contenutistica, che pre-esista alla scelta, in un senso o nell’altro, di volta in volta operata dal legislatore¹⁰. Si pensi, ad esempio, 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 ora, invece, quale elemento costitutivo del nuovo, autonomo delitto di incendio boschivo (art. 423 *bis*).

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*, invece, la differenza c’è, ed è notevolissima¹¹. 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 colpevole¹²);

b) il regime di imputazione delle circostanze, stabilito dall’art. 59 co. 1 e 2 (tendenziale necessità almeno della colpa se si tratta di

¹⁰ Dottrina unanime: tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario Sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, pre-art. 59, 634; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 563; D. PULITANÒ, *Sull’interpretazione e gli interpreti*, cit., 679. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

¹¹ Lo sottolineano, tra gli altri, R. GUERRINI, *Elementi costitutivi*, cit., 12; L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 360; G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 7; F. BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591) - teoria e prassi*, Milano, 2008, 158; nella manualistica, v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 462; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 463; in giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

¹² L’art. 3 l. 251/2005 ha da ultimo ri-escluso dal giudizio di bilanciamento alcune circostanze inerenti alla persona del colpevole.

aggravanti; tendenziale sufficienza della loro oggettiva presenza se si tratta di attenuanti), è diverso da quello, risultante dall'art. 42 co. 2, degli elementi costitutivi (per i quali è di regola necessario il dolo, salva espressa previsione della colpa);

c) almeno secondo l'opinione prevalente, le circostanze, a differenza degli elementi costitutivi, non incidono sul *tempus* e sul *locus commissi delicti*¹³, sicché la qualificazione di un elemento come circostanziale anziché come costitutivo comporta importanti ricadute: quanto al *tempus*, sulla individuazione del momento consumativo del reato (e, quindi, del *dies a quo* nella prescrizione ai sensi dell'art. 158, e della legge applicabile in caso di successione di leggi ai sensi dell'art. 2) e sulla configurabilità del tentativo (perlomeno qualora si escluda la configurabilità di un tentativo di delitto circostanziato)¹⁴; quanto al *locus*, sull'applicabilità della legge penale italiana ai sensi dell'art. 6, e sulla determinazione del giudice competente per territorio ai sensi dell'art. 8 c.p.p.;

d) le circostanze soggiacciono ad un regime di contestazione all'imputato diverso da quello previsto per gli elementi costitutivi (v. artt. 417 lett. b, e 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.

Alcuni esempi per chiarire quest'ultima affermazione.

Ipotizziamo una realizzazione plurisoggettiva del reato di lesioni personali (art. 582): Tizio dà mandato a Caio di assestare un paio di pugni in faccia a Sempronio. Caio, tuttavia, non si limita ai pugni, ma, estratto un coltellino, provoca una profonda ferita al volto di Sempronio.

Ebbene, se l'elemento "sfregio permanente del viso" (art. 583 co. 2 n. 4) viene ritenuto *circostanza aggravante* del delitto di lesioni, allora il mandante Tizio ne risponderà solo alle condizioni poste dall'art. 118 (e dall'art. 59): che si tratti, quindi, di una circostanza 'comunicabile' ai partecipi, e che Tizio avesse potuto per lo meno

¹³ Per l'illustrazione dell'opinione dominante e di quella minoritaria, v. R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 15, nota 36.

¹⁴ Sulla controversa configurabilità di un tentativo di delitto circostanziato, v. M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, cit., art. 56, 600 ss.

prevedere in concreto un siffatto ‘eccesso di zelo’ nell’esecuzione del mandato da parte di Caio.

Se, invece, consideriamo lo “sfregio” elemento costitutivo dell’*autonomo reato* di lesioni gravissime, allora troverà applicazione l’art. 116 (Tizio, infatti, ha voluto un reato – le lesioni lievi – diverso da quello effettivamente realizzato dall’esecutore – le lesioni gravissime –), sicché, in base all’interpretazione più rigorosa di tale norma, egli dovrà rispondere di lesioni gravissime secondo lo schema della responsabilità oggettiva o sulla scorta del criterio (di poco dissimile dal precedente) della mera prevedibilità in astratto del reato diverso¹⁵.

Ipotizziamo, ora, una realizzazione plurisoggettiva del reato di violazione di sigilli (art. 349) in cui uno dei concorrenti sia il custode della cosa.

Ebbene, se la qualità di custode (art. 349 co. 2) viene ritenuta *circostanza aggravante* di tale reato, allora essa potrà essere imputata anche agli altri concorrenti solo alle condizioni poste dall’art. 118 (e dall’art. 59): che si tratti, quindi, di una circostanza ‘comunicabile’ ai partecipi, e che essa sia stata da questi conosciuta o ignorata per colpa¹⁶.

Se, invece, si ritiene che l’art. 349 co. 2 descriva un *autonomo reato*, allora i concorrenti *extranei*, se conoscevano la qualità di custode del loro sodale, concorreranno in tale reato ai sensi dell’art. 110; altrimenti si applicherà loro l’art. 117, sicché, secondo l’interpretazione più rigorosa di tale norma, saranno chiamati a rispondere di “violazione di sigilli da parte del custode” anche se hanno ignorato, senza colpa, tale qualità del loro sodale¹⁷;

f) la risoluzione del dubbio circa la qualificazione di un elemento come costitutivo ovvero come circostanziale (almeno quando si

¹⁵ Per un quadro aggiornato di dottrina e giurisprudenza sugli artt. 116 e 118, sia consentito rinviare a F. BASILE, *Commento agli artt. 116 e 118*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., nn. 1 ss.

¹⁶ In tal senso, proprio in relazione all’art. 349 co. 2, si esprime la giurisprudenza più recente: Cass., 4 ottobre 2010, Coppola, in *CED Cass.*, n. 248365; Cass., 30 maggio 2003, Waghîh, in *CED Cass.*, n. 225878; Cass., 18 aprile 1994, Urzo, in *CED Cass.*, n. 198529, in *Cass. pen.* 1995, 1527; Cass., 20 gennaio 1994, Mazzaglia, in *CED Cass.*, n. 198249; Cass., 24 marzo 1993, Sorrentino, in *CED Cass.*, n. 194189; Cass., 10 marzo 1993, Ferrara, in *CED Cass.*, n. 194020, in *Riv. Pen.* 1994, 30.

¹⁷ Per un quadro aggiornato di dottrina e giurisprudenza sull’art. 117, v. A. GULLO, *Commento all’art. 117*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., n. 1 ss.

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.

I casi in cui la qualificazione di un elemento come costitutivo o come circostanziale influisce sull'applicazione degli artt. 157 co. 2 c.p. e 4, 278, 379 c.p.p. non sono di immediata evidenza; proviamo quindi ad illustrarli nel dettaglio.

Partiamo dagli artt. 157 co. 2 c.p. e 4 c.p.p. Entrambe tali norme impongono di fare riferimento alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato, senza tener conto delle circostanze, fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (c.d. circostanze autonome) e di quelle ad effetto speciale.

Ciò significa che se la fattispecie dubbia è reato autonomo o circostanza aggravante c.d. autonoma o ad effetto speciale, si dovrà comunque aver riguardo alla pena per essa stabilita, sicché in questi casi il dubbio qualificatorio in parola non influisce sulla determinazione né del tempo necessario per la prescrizione, né della competenza del giudice. Quando, invece, il dubbio è tra reato autonomo o circostanza *attenuante* (di qualsiasi tipo), ovvero tra reato autonomo e circostanza aggravante *ad effetto comune*, allora il giudice, *prima* di poter procedere all'applicazione degli artt. 157 co. 2 c.p. e 4 c.p.p., dovrà *necessariamente sciogliere tale dubbio*. In tali casi, infatti, se la fattispecie dubbia è circostanziale, il giudice non dovrà prendere in considerazione la pena per essa prevista, bensì la pena del reato-base. Per contro, se tale fattispecie dubbia è un reato autonomo, allora il giudice prenderà in considerazione la pena per essa prevista.

Passiamo ora all'art. 278 c.p.p. (e all'art. 379 c.p.p. che al primo fa rinvio). In base a questa norma, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari personali non si tiene conto, tra l'altro, delle circostanze del reato, fatta eccezione – oltre che dell'aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5) e dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4) – delle circostanze (aggravanti o attenuanti) c.d. autonome e di quelle ad effetto speciale.

Ciò significa che se la fattispecie dubbia è reato autonomo o circostanza (aggravante o attenuante) c.d. autonoma o ad effetto speciale,

si dovrà comunque aver riguardo alla pena per essa stabilita, sicché in questi casi il dubbio qualificatorio in parola è ininfluenza ai fini dell'applicazione delle misure cautelari personali.

Quando, invece, il dubbio è tra reato autonomo e circostanza (aggravante o attenuante) *ad effetto comune*, allora il giudice, *prima* di poter procedere all'applicazione dell'art. 278 c.p.p., dovrà *necessariamente sciogliere tale dubbio*. In tali casi, infatti, se la fattispecie dubbia è circostanziale, il giudice non dovrà prendere in considerazione la pena per essa prevista, bensì la pena del reato-base. Per contro, se tale fattispecie dubbia è un reato autonomo, allora il giudice prenderà in considerazione la pena per essa prevista.

Facciamo ora un esempio che illustri le varie ipotesi sopra menzionate. La fattispecie di cui all'art. 323 *bis* (si pensi ad un peculato "di particolare tenuità") descrive un reato autonomo o una circostanza attenuante?¹⁸ Ammettiamo che la risposta sia: reato autonomo, allora tanto per calcolare il tempo per prescrivere, quanto per determinare la competenza del giudice, quanto, infine, per individuare la misura cautelare applicabile, si dovrà aver riguardo alla pena prevista dall'art. 323 *bis* (nel nostro esempio: la pena comminata per il peculato, ridotta ai sensi dell'art. 65). Se, invece, la risposta è: circostanza attenuante, allora ai tre predetti fini si dovrà aver riguardo alla pena prevista per il reato-base (nel nostro esempio: la pena comminata per il peculato);

g) infine, nell'impossibilità di procedere ad un censimento completo degli effetti derivanti dall'inquadramento di un elemento dubbio come costitutivo o circostanziale, sottolineiamo che ogni qual volta l'applicazione di una norma sia subordinata ad una determinata misura e/o specie della "pena stabilita dalla legge", senza che – per esplicita previsione legislativa o per consolidata interpretazione giurisprudenziale – si abbia riguardo ad eventuali attenuanti e/o aggravanti (come avviene, ad esempio, in materia di oblazione ai sensi dell'art. 162, e come è avvenuto in alcuni provvedimenti di concessione dell'amnistia o di depenalizzazione), risulterà previamente necessario stabilire se la fattispecie dubbia costituisca reato autonomo (ed in tal caso si potrà far riferimento alla *sua* pena edittale), ovvero

¹⁸ L'opinione assolutamente dominante è a favore della qualificazione della fattispecie di cui all'art. 323 *bis* in termini circostanziali: v. per tutti, C. BENUSSI, *Commento all'art. 323 bis*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., n. 1.

circostanza di altro reato (ed in tal caso si dovrà far riferimento alla pena edittale di *quest'altro* reato).

3. Il valore della qualificazione espressa nel corpo della norma

Alla luce di quanto sopra esposto, risulta con evidenza che la distinzione in parola è gravida di importanti implicazioni pratiche. Ciò nondimeno il nostro legislatore solo di rado si preoccupa di specificare, nel testo (*e non* meramente nella rubrica¹⁹) dello stesso articolo di legge che prevede la fattispecie dubbia, o di altro articolo ad esso strettamente connesso, se essa costituisca una “*circostanza*” in senso tecnico.

Il legislatore ha proceduto ad una qualificazione espressa in termini circostanziali, ad esempio, nel testo dei seguenti articoli:

- art. 280 co. 5, che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui ai precedenti co. 2 e 4²⁰;
- art. 280 *bis* co. 5, che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui ai precedenti co. 3 e 4;
- art. 615 *quater* co. 2, che qualifica espressamente come “circostanze” le fattispecie di cui ai nn. 1 e 2 dell’art. 617 *quater* co. 4;
- art. 624 *bis* co. 3 e art. 625 co. 2, che qualificano espressamente come “circostanze” le fattispecie previste all’art. 625 co. 1;
- art. 628 co. 4, che qualifica espressamente come (circostanze) “aggravanti” le fattispecie di cui al precedente co. 3, nn. 3, 3 *bis*, 3 *ter* e 3 *quater*;
- art. 640 co. 3, che qualifica espressamente come “circostanze” le fattispecie previste al precedente co. 2.

¹⁹ La qualificazione espressa contenuta nella sola rubrica – non avendo le rubriche valore vincolante per l’interprete – ha, a nostro avviso, un valore meramente indiziario: v. *infra*, 5, n. 2.

²⁰ In relazione all’evento morte conseguente all’attentato all’incolumità e, ancor più, all’attentato alla vita (v. quarto comma dell’art. 280), la dottrina e, in un *obiter dictum*, la Corte costituzionale (sentenza n. 194/1985) negano che esso possa costituire circostanza in senso tecnico, rappresentando piuttosto l’elemento costitutivo di un’autonoma figura di reato (sul punto, anche per ulteriori riferimenti, v. C. GALDENZI-M. VALSECCI, *Commento all’art. 280*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., n. 16). Per quanto autorevolmente sostenuta e sorretta da pregevoli argomentazioni sistematiche, questa tesi, tuttavia, contrasta in modo inemendabile con la lettera della legge.

Quando presente, tale qualificazione legislativa espressa in termini di “*circostanza*” dovrebbe essere, a nostro avviso, ritenuta *vincolante*²¹. Attraverso l’esplicito impiego della formula “*circostanza*” o della formula “*aggravante/attenuante*”, il legislatore sembra, infatti, effettuare una precisa scelta riguardo alla natura della fattispecie interessata (“*circostanza*”, e non “*reato autonomo*”). Vero è che attribuendo valore vincolante a tale scelta si ripone un’incondizionata fiducia nelle capacità qualificatorie di un legislatore che, invece, non sempre brilla nella padronanza del linguaggio tecnico. Tuttavia, non si vede come l’interprete possa in tali casi superare la *lettera della legge*, se non calpestandola²².

La correzione di eventuali incongruenze derivanti dalla scelta legislativa espressa con la qualificazione dell’elemento come “*circostanza*” – scelta che, in effetti, potrebbe risultare non sempre adeguatamente ponderata – potrà, quindi, avvenire solo da parte dello stesso legislatore, attraverso una riforma, o, se ce ne sono i presupposti, tramite un intervento della Corte costituzionale, ma non già trasformando, in via interpretativa, in elemento costitutivo ciò che la legge espressamente qualifica come *circostanza*.

Del resto, in una prospettiva *de iure condendo*, è ricorrente, anzi pressante, l’auspicio formulato da una parte consistente della dottrina affinché il futuro legislatore proceda sempre ad una individuazione *nominativa* delle circostanze²³, sicché, laddove il legislatore, *de*

²¹ In tal senso, tra gli altri, G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 16; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 463; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. pen.*, vol. II, 1988, 195; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 33; L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 378; A. CADOPPI, *La distinzione*, cit., 662.

²² Da ultimo, Cass., sez. un., 21 aprile 2010 (ud. 25 febbraio 2010), Mills, *CED Cass.*, n. 246581, in *Cass. pen.*, 2010, 2995, ribadisce – pur senza specifico riferimento alla tematica qui in oggetto – “*il primato dell’interpretazione letterale* sugli altri criteri ermeneutici (...). L’indagine per la corretta interpretazione di una disposizione legislativa deve essere condotta, pertanto, in via primaria, sul significato lessicale della stessa, che, se chiaro ed univoco, *non* consente l’utilizzazione di altre vie di ricerca” (corsivo aggiunto). Nello stesso senso, in dottrina, tra gli altri, v. D. PULITANÒ, *Sull’interpretazione e gli interpreti*, cit., 664, e, nella manualistica, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 66.

²³ V. per tutti, G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 11; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 24, 86; per un’opinione diversa, v. tuttavia A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 731 ss. Tale auspicio è stato, ad esempio, accolto negli ultimi due progetti di riforma del codice penale: v. progetto

iure condito, già procede in tal senso, sembra coerente ad un siffatto auspicio attenersi all'indicazione legislativa espressa.

Quale valore si può, invece, attribuire alla denominazione di “reato” o di “delitto”, con la quale talora il legislatore indica la fattispecie dubbia? Contrariamente a quanto abbiamo appena sostenuto a proposito della qualificazione in termini circostanziali, riteniamo che alla denominazione di “reato” o di “delitto” non si possa attribuire un valore vincolante.

Prima di tutto, infatti, occorrerebbe verificare, caso per caso, se con il termine “reato” o “delitto” il legislatore si stia davvero riferendo alla fattispecie controversa, e non invece alla fattispecie del reato-base. Si pensi, ad esempio, all'art. 626, che contempla i c.d. furti minori, ove si legge che “il *delitto* è punibile a querela della persona offesa”: qui il termine “delitto” potrebbe essere riferito tanto alle figure speciali di furto in tale articolo descritte, quanto alla figura-base di furto di cui all'art. 624.

In secondo luogo, si deve rilevare che in alcuni casi tale denominazione (“reato”, “delitto”) compare *non già* nello stesso articolo di legge che prevede la fattispecie dubbia o in altro articolo ad esso strettamente connesso, *bensì* in una norma per più versi *distante*, appartenente a un provvedimento legislativo diverso per oggetto, e/o per finalità, e/o per *sedes materiae*, e/o per epoca di emanazione. Ad esempio, il fatto descritto dall'art. 640 *bis* risulta denominato come “reato” all'art. 73 l. 142/1992 (in materia di frode comunitaria agraria), all'art. 316 *ter* (che prevede il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), nonché come “delitto” all'art. 6 d.l. 152/1991 (che ha sostituito il primo comma dell'art. 7 l. 575/1965, relativo a misure di prevenzione), all'art. 32 *quater* (concernente la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione), ed infine all'art. 24 d.lgs. 231/2001 (responsabilità amministrativa da reato degli enti)²⁴.

Sul valore da attribuire a tali denominazioni ‘*aliunde perceptae*’, dottrina e giurisprudenza non hanno preso ancora posizione. Del tutto silente al riguardo è, ad esempio, la stessa sentenza Fedi, che

Nordio, ove all'art. 85 (rubricato “tassatività delle circostanze”) si stabilisce che “sono circostanze del reato quelle denominate tali dalla legge”; nonché progetto Pisapia, ove all'art. 19 (rubricato “circostanze del reato”), al co. 1, lett. a, si legge “prevedere che le circostanze del reato siano espressamente denominate come tali”.

²⁴ V. in proposito anche G. ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento*, cit., 3381; A. FABBRO, *Truffa per il conseguimento*, cit., 2322.

pure analizza ampiamente il contesto normativo all'interno del quale è inserito l'art. 640 *bis*. Non sembra comunque che ad esse possa essere attribuito un valore vincolante, in quanto il più delle volte con tali formule il legislatore non si impegna in una scelta circa la natura della fattispecie dubbia, ma si limita ad operare semplicemente un rinvio ad essa, espresso in termini sintetici: anziché scrivere “il reato di cui all'art. 640, aggravato ai sensi dell'art. 640 *bis*”, il legislatore, usando una formula sincopata, scrive “il reato di cui all'art. 640 *bis*”.

A conferma di tale opinione si può rilevare che talora il legislatore, all'interno di una stessa norma, si riferisce con queste formule non solo a fattispecie di cui dubitiamo della natura di circostanza o di reato autonomo, ma anche a fattispecie di cui è, invece, pacifica la natura circostanziale. Si considerino, ad esempio, le ultime due norme sopra menzionate (art. 32 *quater* c.p., e art. 24 d.lgs. 231/2001), ove il termine “delitto” è riferito non solo all'art. 640 *bis*, ma anche ad una fattispecie sicuramente circostanziale, quale quella di cui all'art. 640 co. 2 n. 1²⁵.

Ciò non toglie che in singoli casi, nell'economia della specifica norma in cui compare la denominazione di “reato” o di “delitto”, tale denominazione potrebbe esprimere una precisa scelta qualificatoria da parte del legislatore. Si consideri, ad esempio, il terzo comma dell'art. 624 *bis* (furto in abitazione e furto con strappo), ove si afferma che “la pena è della reclusione da tre a dieci anni o della multa da euro 206 a 1549 se il *reato* è aggravato da una o più delle circostanze previste nel primo comma dell'art. 625 ovvero se ricorre una o più delle circostanze indicate nell'art. 61”. In questo caso, il termine “reato” – sia per il suo inequivoco riferirsi alla fattispecie descritta al precedente comma primo, sia per la sua netta contrapposizione con il successivo termine “circostanze” che segue dopo poche parole – sembra assumere un'effettiva funzione qualificatoria. Senonché, dopo tutte le perplessità appena espresse, anche in questo caso pare più prudente negare a tale denominazione qualsiasi valore vincolante, e intenderla, tutt'al più, come mero indizio della natura di reato autonomo della fattispecie così denominata.

Breve: mentre la qualificazione in termini di “circostanza” ci pare *impegnativa* per il legislatore, in quanto espressiva di una precisa scelta

²⁵ Un'osservazione analoga si può ripetere anche in relazione all'art. 609 *octies*, denominato come “delitto” all'art. 609 *sexies*, all'art. 609 *nonies* co. 1 e co. 3, e all'art. 609 *decies* co. 1: ma in questi stessi articoli con la denominazione di “delitto” si richiamano anche i fatti – la cui natura di *circostanze* è assolutamente pacifica – previsti all'art. 609 *ter*.

riguardo la natura della fattispecie così denominata (“circostanza”, e non già “reato”), non altrettanto possiamo dire per la denominazione della fattispecie dubbia in termini di “reato”, giacché tale espressione può significare tanto “reato autonomo”, quanto (ove la si usi per brevità) “reato circostanziato”, senza peraltro che questo secondo significato fuoriesca dal tenore letterale del termine “reato”.

Al di là del valore che si voglia attribuire a tali denominazioni, resta comunque il fatto che molto più frequenti sono i casi in cui *manca* una qualificazione legislativa espressa; e per risolvere tali casi dubbi non disponiamo nemmeno di criteri generali fissati dal legislatore²⁶, sicché spesso uno stesso elemento è stato qualificato – in tempi, in sedi e, soprattutto, ad effetti diversi – ora come circostanza, ora come elemento costitutivo di un autonomo reato²⁷.

Tra i casi più dibattuti e controversi (*reato autonomo o circostanza?*) sia in dottrina che in giurisprudenza, ricordiamo, a mero titolo esemplificativo, le fattispecie di cui ai seguenti articoli:

– art. 319 *ter* (rispetto ai reati di corruzione di cui agli artt. 318 e 319);

– art. 378 co. 3 (rispetto al reato di favoreggiamento personale di cui all’art. 378 co. 1);

– art. 570 co. 2 (rispetto al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all’art. 570 co. 1);

– art. 583 (rispetto al reato di lesioni dolose di cui all’art. 582);

– art. 609 *octies* (rispetto al reato di violenza sessuale di cui all’art. 609 *bis*);

– artt. 624 *bis* (rispetto al reato di furto di cui all’art. 624);

– art. 640 *bis* (rispetto al reato di truffa di cui all’art. 640).

In questi e negli altri tanti casi dubbi, il compito – un *compito* essenzialmente *di interpretazione del diritto positivo*²⁸ – di “trovare nella legge i segni, le espressioni della volontà legislativa, i sintomi

²⁶ Tra gli altri, rilevava tale difetto, enormemente amplificato dalla riforma dell’art. 69, già F. COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 308.

²⁷ Sul punto v. S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall’evento*, Milano, 1984, 60; A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1993, 3.

²⁸ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., 562, e 566; in senso analogo, G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 41: trattasi di “un ordinario problema di interpretazione della legge”.

da cui possa desumersi se si tratta di figura autonoma o di circostanza”²⁹, è stato, pertanto, assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, nel corso dei decenni, hanno a tal fine elaborato una pluralità di criteri di distinzione.

Qui di seguito procediamo ad illustrare tali criteri, dividendoli, seguendo una sorta di ordine gerarchico, in tre gruppi³⁰:

- criteri ‘forti’;
- criteri ‘deboli’;
- criteri ‘inutili’.

4. Criteri di distinzione ‘forti’

Nel primo gruppo rientrano tre criteri che trovano un fondamento diretto in indici contenuti nel testo della norma che prevede la fattispecie da qualificare, ed il cui impiego consente di giungere a risultati pressoché certi.

1) 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*³¹: la fattispecie circostanziale deve includere tutti i requisiti propri della fattispecie del reato-base, 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 circostanziale³². Ma il rapporto di specialità è *condizione*

²⁹ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., 566; Id., *Appunti di diritto penale - vol. III. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 34.

³⁰ L’idea di una ‘gerarchizzazione’ dei criteri di distinzione è implicita nella stessa sentenza Fedi, la quale parla di “criteri di maggior peso”, di “criteri decisivi”, di “criteri probanti”, contrapponendoli ad altri che tali, evidentemente, non sono considerati. In senso analogo, in dottrina si è distinto tra criteri con valore di ‘prova’, e criteri dal rilievo meramente ‘indiziario’: così A. CADOPPI, *La distinzione*, cit., 662, nonché R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 33; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 521; R. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., 303.

³¹ In tal senso, in giurisprudenza, v. *ex pluribus* Cass., 20 ottobre 2000, Biffo, in *Riv. Pen.*, 2001, 656, che considera “fondamentale” la relazione di specialità, correttamente inquadrata come “precondizione del sorgere del problema” della qualificazione in termini di circostanza o di reato autonomo.

³² Dottrina pressoché unanime, con le rilevanti eccezioni di A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 574, e di M. GALLO, *Appunti di diritto penale - vol. III*, cit.,

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 reato³³. Si pensi, ad esempio, 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*; senza poi contare 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?³⁴).

2) Secondo criterio 'forte', che depone a favore di una qualificazione in termini circostanziali – sempreché sussista il predetto

27 s., secondo il quale il criterio del rapporto di specialità "non supera i limiti di una suggestione lessicale valida per il maggior numero dei casi, ma che non trova rispondenza completa nella disciplina positiva". Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, 399, invece, al fine dell'individuazione di una circostanza può darsi rilievo solo ad un rapporto di specialità per specificazione, e non anche per aggiunta. Infine, ma con esclusivo riferimento alla controversa qualificazione delle fattispecie di cui all'art. 583, ritengono che l'assenza di un rapporto di specialità non precluda in maniera assoluta la configurazione di una circostanza, V. ŽAGREBELSKY, voce *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990, 5, nonché M.G. GALLISAI PILO, voce *Lesioni e percosse*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, 397.

³³ R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 26; A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, cit., 2; L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 349; nella manualistica, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 463; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 421; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 248; in giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

³⁴ Come è noto, proprio facendo leva su tale dubbio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, XV ed. (a cura di C.F. GROSSO), Milano, 2008, 82 ss., negava la natura circostanziale della fattispecie di cui all'art. 583 rispetto al reato di lesioni personali di cui all'art. 582. Tale opinione ha ricevuto autorevole avallo in un *obiter dictum* della sentenza della Corte costituzionale n. 194/1985, ove si afferma che "la dottrina più moderna ha da tempo rilevato che, anche a prescindere da altre importanti considerazioni, fra le ipotesi previste nell'art. 583, ve ne è almeno qualcuna (ad es.: art. 583, primo comma, n. 1), nella quale non è ravvisabile l'elemento essenziale (la malattia) che figura nel delitto descritto nell'articolo precedente; di tal che, venendo a mancare la imprescindibile comunanza, fra le tre fattispecie, di tutti gli estremi essenziali (salva l'aggiunta di quel *quid pluris* che rappresenta la maggiore gravità), è da escludere che si tratti di forme circostanziate della lesione tipica".

rapporto di specialità – è la presenza di *formule del tipo* “la pena è aumentata”, “la pena è diminuita”, senza ulteriori indicazioni: si vedano, ad esempio, gli artt. 319 *bis*, 323 *bis*, 368 co. 2, 380 co. 2, 418 co. 2, 419 co. 2, 423 *bis* co. 3, 456, 501 co. 2, 573 co. 2, 591 co. 4, 595 co. 4, 689 co. 2³⁵. In tali casi, infatti, il giudice, per quantificare la pena, non ha altra scelta che fare ricorso ai criteri generali stabiliti negli artt. 64 e 65, in tal modo attribuendo natura circostanziale alla fattispecie dubbia³⁶.

Non mancano, tuttavia, ipotesi in cui, pur ricorrendo formule siffatte, manca il rapporto di specialità, e quindi la *condicio sine qua non* della qualificazione in termini circostanziali:

– ciò si riscontra, ad esempio, nel terzo comma dell’art. 440. Ivi è sì previsto che la pena è “aumentata”, ma la natura circostanziale dev’essere senz’altro esclusa a causa dell’incompatibilità degli oggetti materiali: “acque o sostanze destinate all’alimentazione”, nel primo comma; “sostanze medicinali”, nel comma in questione;

– una tale ipotesi sembra ricorrere anche nel terzo comma dell’art. 593, concernente la lesione personale di colui che non è stato soccorso (per il caso di morte, invece, la misura della pena risulta a prescindere da qualsiasi necessità di rinviare all’art. 64: in tal caso, infatti, la pena è “raddoppiata”): le fattispecie-base di cui ai primi due commi richiedono il *pericolo* per l’incolumità personale, mentre il terzo comma prevede un *danno* per l’incolumità personale, e tra pericolo e danno non vi può essere rapporto di specialità, escludendosi essi reciprocamente, sicché – nonostante la formula “la pena è aumentata” – non può essere ritenuta la natura circostanziale delle lesioni derivanti dall’omissione di soccorso³⁷.

³⁵ Per ulteriori esempi si veda L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 375.

³⁶ In tal senso, tra gli altri, L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 375; S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall’evento*, cit., 127; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 35; M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, cit., pre-art. 59, 635; D. PULITANO, *Diritto Penale*, Torino, 2009, 448; conferisce particolare peso a tale criterio anche Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.; *contra*, G. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., 74.

³⁷ La dottrina è, tuttavia, orientata a favore della qualificazione in termini circostanziali delle lesioni (e della morte) derivante dall’omissione di soccorso: in tal senso, v., anche per ulteriori rinvii, L. MASERA, *Delitti contro l’integrità fisica*, in F. VIGANÒ-C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 124.

3) Terzo criterio ‘forte’ – anch’esso applicabile purché sussista il predetto rapporto di specialità – è costituito dal *rinvio esplicito*, da parte della norma che prevede la fattispecie dubbia, *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: si vedano, ad esempio, l’art. 280 *bis* co. 5, l’art. 590 *bis*, l’art. 628 co. 4, l’art. 1 d.l. 625/1979 conv. in l. 15/1980 (finalità di terrorismo), nonché l’art. 3 l. 205/1993 (finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso)³⁸. Il richiamo all’art. 69 implica che si tratta necessariamente di una circostanza, e non di un elemento costitutivo che, in quanto tale, non potrebbe ovviamente soggiacere ad alcun tipo di bilanciamento³⁹.

Va, tuttavia, subito rilevato che quasi sempre il legislatore, nel dettare una siffatta disciplina speciale per il giudizio di bilanciamento tra circostanze, qualifica *espressamente*, nel corpo della stessa norma, l’elemento controverso come “circostanza”, così eliminando in radice ogni dubbio circa la sua natura (v. *supra*, 3). In siffatte ipotesi, pertanto, il criterio ‘forte’ in parola si limita, in realtà, a confermare una qualificazione già esplicitamente operata dal legislatore.

5. Criteri di distinzione ‘deboli’

In presenza di un rapporto di specialità, ma in assenza di formule del tipo “la pena è aumentata/diminuita” o di richiami espliciti al giudizio di bilanciamento (v. *supra*, 4), la soluzione del dubbio – circostanza o reato autonomo? – deve essere affidata ad ulteriori criteri di distinzione, che definiamo ‘deboli’ in quanto possono solo fornire indicazioni orientative all’interprete.

I criteri di questo secondo gruppo, infatti, fanno leva su mere *tecniche legislative*, rispettivamente adottate – spesso, ma non sempre, e comunque non necessariamente – per la formulazione dei reati autonomi e delle ipotesi circostanziali: quando la fattispecie dubbia

³⁸ Per ulteriori esempi si veda la recente monografia di A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 169 ss.

³⁹ In tal senso, v. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 196; S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall’evento*, cit., 123; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 463.

è descritta *per relationem* al reato-base, e/o nella sua rubrica compare la dizione “circostanza”, e/o tale fattispecie è collocata nello stesso articolo che prevede il reato-base, e/o la pena comminata è determinata in termini proporzionali rispetto a quella del reato-base, *di solito* si tratta di una circostanza; quando, invece, la fattispecie dubbia è integralmente ridescritta, e/o è fornita di un autonomo *nomen iuris*, e/o è collocata in un diverso articolo, *di solito* si tratta di un reato autonomo.

È evidente, tuttavia, che queste *tecniche legislative* non possono affatto vincolare l'interprete: prima di tutto, perché esse sono desunte dalla mera osservazione – casistica e assolutamente parziale – della legislazione vigente; in secondo luogo, perché il legislatore, in nessun punto della legge – non in un prologo, non in un ‘considerando’, e tanto meno in un articolo di legge – ha giurato fedeltà ad esse. Anzi, abbiamo un legislatore che, come un ragazzino capriccioso ed incostante, saltella da una tecnica legislativa all'altra senza alcun preavviso e senza alcuna remora⁴⁰.

Si tratta, quindi, di criteri che possono essere utilizzati, per un verso, *solo in via subordinata*, solo ove fallisca, cioè, l'operazione di qualificazione sulla scorta dei precedenti criteri ‘forti’, e, per altro verso, *solo cumulativamente*, nel senso che attraverso di essi si può approdare ad una qualificazione affidabile solo quando più di essi convergano verso il medesimo risultato⁴¹.

1) Il più ‘forte’ tra i criteri ‘deboli’, il quale depone a favore della qualificazione della fattispecie dubbia in termini di circostanza, è quello della sua descrizione *per relationem* al reato-base, vale a dire attraverso formule del tipo: “se il fatto di cui all'art. ...”, “nei casi previsti dall'art. ...”, etc.

Tale criterio trova fondamento, in primo luogo, su un rilievo ‘statistico’: formule di questo tipo ricorrono, in effetti, in numerose

⁴⁰ In senso analogo, v. già F. COPPI, *Maltrattamenti*, 308, cit.: “la tecnica di formulazione delle proposizioni normative è tale da non permettere la individuazione di un sicuro e costante principio di classificazione”.

⁴¹ Che la qualificazione di un elemento come circostanziale o costitutivo possa giungere solo all'esito dell'applicazione di una *pluralità* di criteri, è opinione diffusa in dottrina: così, tra gli altri, M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., 566; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 79; M. PELISSERO, *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, in *Dir. pen. proc.* 1999, 343.

norme che prevedono – per pacifica opinione – circostanze del reato (v., per esempio, artt. 319 *bis*, 323 *bis*, 576, 577, 585, 589 co. 2 e 3, 609 *ter*, 625, etc.). In secondo luogo, tale criterio poggia anche su una constatazione di ordine ‘lessicale’: il legislatore che costruisce la fattispecie dubbia attraverso il rinvio ad un fatto di reato già descritto in altra norma, sembra davvero esprimere la volontà di considerare tale fattispecie come circostanziale, giacché in tal modo “tiene in evidenza”⁴² – anche a livello visivo – proprio il reato-base cui la circostanza si riferisce⁴³.

Occorre, tuttavia, subito rilevare che talora, nonostante l’utilizzo di una siffatta tecnica di rinvio, il dubbio circa la qualificazione della fattispecie persiste: si pensi, ad esempio, agli artt. 319 *ter*, e 626 nn. 2 e 3. In questi casi, in effetti, non pare che la descrizione *per relationem* – rispettivamente, ai reati di corruzione di cui agli artt. 318 e 319, e al reato di furto di cui all’art. 624 – imprima un sigillo, definitivo e inviolabile, sulla qualificazione di dette fattispecie in termini di circostanze; anzi, l’opinione dominante è nel senso della loro natura di reati autonomi⁴⁴.

⁴² L’espressione risale a A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 65 s., in nota: “la ragione che induce il legislatore a rendere circostanziato un reato, anziché configurare in modo autonomo un reato speciale, è evidentemente di tecnica legislativa e si risolve il più delle volte nella riconosciuta opportunità di tenere in evidenza il reato base”.

⁴³ R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 39 ss.; G. VASSALLI, *Concorso eterogeneo di circostanze*, cit., 16; L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 380; F. COPPI, *Appunti in tema di “malversazione a danno dello Stato”*, cit., 575.

⁴⁴ Nel senso della natura di reato autonomo della fattispecie di cui all’art. 319 *ter* (corruzione in atti giudiziari), v., anche per ulteriori riferimenti, C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione - I. I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 508; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I - Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 241, ove, tuttavia non si manca di censurare “l’adozione di una tecnica legislativa imperfetta, per la quale la struttura della corruzione in atti giudiziari non è tipizzata in modo autonomo dall’art. 319 *ter*, ma è indicata attraverso il rinvio agli artt. 318 e 319 (il che in qualcuno potrebbe autorizzare ancora il dubbio che non di figura autonoma di reato si tratti, ma di circostanza aggravante rispetto ai fatti previsti in quei due articoli)”; nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass., 30 ottobre 1995, Perrone, in *CED Cass.*, n. 202732; Cass., 9 dicembre 2001, Acampora, in *CED Cass.*, n. 221304; Cass., 24 marzo 2007, Sghinolfi, *CED Cass.* n. 236830, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1647; da ultimo, sia pur implicitamente, Cass., sez. un., 21 aprile 2010, Mills, cit. Nel senso della natura di reato autonomo della fattispecie di cui all’art. 626 n. 2 (furto lieve per bisogno) e n. 3 (spigolamento abusivo), v., anche per ulteriori riferimenti, C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, Padova, 2010, 291.

Non possiamo, pertanto, condividere l'“entusiasmo” espresso dalle Sezioni unite nella sentenza Fedi, in cui si è convintamente sostenuto che, allorché una fattispecie, speciale rispetto ad altra fattispecie, risulti altresì descritta *per relationem* ad essa, dovrebbe senz'altro essere ritenuta circostanziale⁴⁵. Del resto, le stesse Sezioni unite, intervenendo di recente sull'art. 319 *ter* – nonostante il rapporto di specialità e la descrizione *per relationem* agli artt. 318 e 319 – non sono state nemmeno sfiorate dal dubbio che la corruzione in atti giudiziari possa essere una circostanza, anziché un reato autonomo⁴⁶. Più prudente, quindi, attribuire anche al criterio della descrizione *per relationem* un valore meramente indiziario, dal momento che non sempre la sua presenza consente di giungere a conclusioni inconfutabili.

Un'ultima annotazione sul criterio in parola: con un ragionamento *a contrario*, taluni Autori rilevano che l'integrale (ri)descrizione del fatto, senza alcun rinvio al reato-base, depone a favore di una qualificazione in termini di reato autonomo⁴⁷. *Mutatis mutandis*, valgono, naturalmente, anche a questo proposito le riserve critiche sopra formulate.

2) Altro criterio fornito di una certa capacità di orientare l'interprete, è quello dell'*espressa qualificazione come circostanza contenuta nella rubrica* (si vedano, ad esempio, le rubriche degli artt. 319 *bis*, 323 *bis*, 339, 375, 425, 456, 474 *ter*, 474 *quater*, 510, 576, 577, 583, 585, 602 *ter*, 625, 680, 719): criterio ‘debole’, tuttavia, in quanto l'opinione più diffusa – anche se non unanime – in relazione alle rubriche, è che esse non abbiano un valore vincolante in sede ermeneutica: *rubrica legis non est lex*⁴⁸.

⁴⁵ Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit., in cui, proprio in virtù della conformità della fattispecie di cui all'art. 640 *bis* a tali due criteri, se n'è affermata la natura circostanziale. Nello stesso senso, dopo la sentenza Fedi, v. pure Cass., 27 febbraio 2003, Marmo, in *CED Cass.*, n. 224635; Cass., 14 marzo 2003, Barbieri, in *CED Cass.*, n. 223915.

⁴⁶ Cass., sez. un., 21 aprile 2010, Mills, cit.

⁴⁷ L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 378; R. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., 308; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 519. In giurisprudenza, fa proprio tale argomento Cass., sez. un., 8 gennaio 1998, Deutsch, in *Cass. pen.* 1998, 1331, secondo cui la “globale, autonoma e completa descrizione della fattispecie, senza nessun riferimento ad altra” depone a favore della sua natura autonoma, anziché circostanziale.

⁴⁸ In senso contrario all'opinione più diffusa, v. G.D. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948, 83, e, con specifico riferimento proprio

3) Sempre all'interno del gruppo dei criteri 'deboli' possiamo porre anche quello del *nomen iuris*: l'attribuzione, infatti, alla fattispecie dubbia di un apposito *nomen iuris* nella rubrica o, ancor meglio, nel corpo della norma depone, almeno a livello indiziario, a favore della sua qualificazione come autonomo reato⁴⁹: un distinto *nomen iuris* compare, ad esempio, nel testo e nella rubrica dell'art. 583 *bis* (pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili), nonché nella rubrica dell'art. 578 (infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale), a conferma (se mai ce ne fosse bisogno) della loro natura autonoma rispetto alle lesioni personali di cui all'art. 582, e all'omicidio doloso di cui all'art. 575.

4) Quarto criterio 'debole', anzi, debolissimo, è quello della *collocazione topografica* della fattispecie dubbia⁵⁰: se la fattispecie dubbia è contemplata nello stesso articolo che descrive il reato-base, allora si tratterebbe di una sua circostanza; se, invece, è prevista in un separato articolo, allora si tratterebbe di un reato autonomo. Ragioni di 'ordine' sistematico e di 'estetica' legislativa, in effetti, potrebbero suggerire di formulare le ipotesi di reati autonomi in articoli separati, collocando, per contro, le ipotesi circostanziate nello stesso articolo che prevede il reato-base cui esse accedono⁵¹. Ma ritenere che il

alla problematica della distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi del reato, S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, cit., 127, e R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 59; v. pure P. PIRAS, *L'imputazione delle circostanze aggravanti*, in *Cass. pen.* 1999, 3439, secondo il quale, all'interno di un sistema, come il nostro, improntato alla legalità formale, non è opportuno "indugiare sulla collocazione della dizione «circostanze aggravanti», se cioè nella rubrica o nel testo della disposizione".

⁴⁹ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 464; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 60; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 196. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., 6 febbraio 2007, S., n. 12409, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1647, con nota di S. BONINI, *Sulla configurabilità di un tentativo di corruzione in atti giudiziari e altre questioni relative all'art. 319 ter.*

⁵⁰ Traggono dalla collocazione topografica della fattispecie dubbia nulla più che "un limitatissimo argomento interpretativo" anche R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 61 e, in passato, R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali*, cit., 182.

⁵¹ Cfr. Cass., 15 ottobre 1998, n. 11582, De Vita, in cui si ritiene che la fattispecie di cui all'art. 640 *bis* configuri un'ipotesi autonoma di reato, tra l'altro, in considerazione della "enucleazione della tipologia del fatto incriminato nell'ambito di una norma specifica, mentre una circostanza aggravante sarebbe stata più sistematicamente collocata nell'ambito dell'art. 640 co. 2 n. 1". In senso analogo v. pure Cass., sez. un., 8 gennaio 1998, Deutsch, cit., secondo la quale la fattispecie di cui all'art. 2 l.

nostro legislatore si sia sempre coerentemente attenuto ad un tale criterio, significherebbe attribuirgli una perizia tecnica e un'acribia nella redazione (e collocazione) delle norme che pare ben lontana dal vero, specie se si considera che il nostro codice, nella sua attuale configurazione, è frutto di tagli, aggiunte, spostamenti, succedutesi ad opera di mani diverse, che hanno agito in tempi diversi, guidate da ideologie diverse.

Non stupisce, pertanto, che il criterio della collocazione topografica risulti smentito in un numero assai significativo di ipotesi⁵²: si pensi alle tante circostanze previste in un articolo diverso (v., ad esempio, artt. 292 *bis* abr., 293 abr., 311, 319 *bis*, 323 *bis*, 576, 577, 583, 625) e, per converso, ai tanti reati autonomi previsti nello stesso articolo che descrive un altro reato (v., ad esempio, artt. 251 co. 2, 403 co. 2, 583 *bis* co. 2, 600 *bis* co. 2, nonché art. 216 co. 2 e 3 L. fall.).

5) Una debole indicazione per la qualificazione della fattispecie dubbia proviene, infine, anche dalla tecnica di *determinazione della pena*, nel senso che se tale pena è determinata *in termini proporzionali* rispetto a quella del reato-base, ciò può costituire un indizio – ma nulla più – della sua natura circostanziale, “dato il legame che così viene espresso tra le due fattispecie”⁵³. Nulla, tuttavia, impedisce al legislatore di utilizzare tale tecnica, seppur impropriamente, anche in relazione a reati autonomi⁵⁴, come avviene, ad esempio, negli artt. 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), e 377 (intralcio alla giustizia).

6. Criteri di distinzione ‘inutili’

Accanto ai suddetti criteri – ‘forti’ o ‘deboli’ che siano, ma comunque tutti validamente utilizzabili – la sentenza Fedi, riprendendo

50/1994 (ora abrogato) costituisce un reato autonomo, e non una circostanza aggravante del reato di contrabbando di cui all'art. 282 D.P.R. 43/1973, tra l'altro, perché “il legislatore, pur potendo farlo, non si è avvalso dell'inserimento della supposta aggravante nel precedente corpo normativo”.

⁵² Cfr. R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 61; v. pure Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁵³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 519.

⁵⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 520.

alcune elaborazioni dottrinali, ha invece bollato come *inutili*, ed anzi fuorvianti, alcuni criteri in passato proposti dalla dottrina e talora impiegati dalla giurisprudenza⁵⁵. Si tratta di una bocciatura ben motivata e che riteniamo di poter condividere per le ragioni qui di seguito esposte.

1) Tra i criteri bocciati spicca il *criterio* c.d. *teleologico*⁵⁶, a lungo impiegato nella stessa giurisprudenza di legittimità⁵⁷. Secondo tale criterio – anche detto dell’identità/mutamento del bene giuridico – quando la fattispecie dubbia tutela un bene giuridico diverso rispetto a quello tutelato dal reato-base, 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 circostanziali⁵⁸.

Numerosissime sono poi le smentite ‘legislative’ a tale criterio⁵⁹, sia in un senso che nell’altro. *Per un verso*, infatti, può ben esserci un

⁵⁵ Per l’analisi di ulteriori criteri da ‘bocciare’, più vetusti e privi di recente riscontro giurisprudenziale, sui quali la sentenza Fedi non si è particolarmente soffermata e sui quali, pertanto, non ci soffermeremo nemmeno noi in questa sede, v. R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 65 (sul criterio del precetto), 71 (sul criterio dell’analogia), e 75 (sul criterio ‘per esclusione’).

⁵⁶ Sul quale v. G. LEONE, *Del reato abituale, continuato, permanente*, Napoli, 1933, 237; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 45.

⁵⁷ Tra le pronunce a Sezioni unite, v. Cass., sez. un., 26 novembre 1982, Greco, in *Cass. pen.*, 1983, 266, in materia di contrabbando valutario per un valore non superiore ai cinque milioni di lire, di cui all’art. 1 l. 863/1976 (in tale sentenza espressamente si afferma che “deve ritenersi valido ai fini della distinzione fra circostanze ed elementi specializzanti di una figura autonoma di reato quel criterio che si ispira all’oggetto giuridico e al bene protetto”); Cass., sez. un., 12 settembre 1991, Parisi, in *Cass. pen.* 1991, 1945 ss., sul “fatto di lieve entità” di cui all’art. 73 co. 5 T.U. stup.; Cass., sez. un., 8 gennaio 1998, Deutsch, cit., in materia di contrabbando di tabacco lavorato estero in quantità superiore a quindici chilogrammi, di cui all’art. 2 l. 50/1994. In relazione alla stessa fattispecie di cui si sono occupate le Sezioni unite nel 2002 (l’art. 640 *bis*), utilizza il criterio teleologico, giungendo, tuttavia, a conclusioni opposte rispetto alla sentenza Fedi, Cass., 9 novembre 1998, De Vita, cit.

⁵⁸ Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi; L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 368; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 248.

⁵⁹ Cfr. R. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., 306; D. TERRACINA, *La truffa aggravata*, cit., 683.

reato autonomo che offende lo stesso bene giuridico di altro reato: ad esempio, l'omicidio del consenziente, 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-base, aggredendo un bene giuridico diverso ed ulteriore: ad esempio, il delitto di *turbatio sacrorum* (art. 405) tutela il sentimento religioso, e il delitto di evasione (art. 385) tutela 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 beni giuridici (l'incolumità personale e/o la libera autodeterminazione) indubbiamente, e significativamente, diversi. 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-base cui accedono⁶⁰.

2) Ugualmente da respingere, in quanto non validamente utilizzabili, sono altri criteri ricavati da alcuni principi generali del nostro ordinamento, primo fra tutti il *criterio fondato sul principio di colpevolezza*, in base al quale si dovrebbe preferire la qualificazione della fattispecie dubbia in termini di elemento costitutivo, perché in tal modo si garantirebbe il rispetto del principio di colpevolezza⁶¹. Questo criterio, che in passato poteva avere un qualche pregio, limitato peraltro alle sole circostanze aggravanti (per le attenuanti, invece, la loro attribuzione oggettiva non ha mai contrastato col principio di colpevolezza)⁶², dopo la riforma del 1990 dell'art. 59 co. 2 non è più proficuamente invocabile. Tale riforma, infatti, per quanto infelice nelle scelte lessicali adottate, sembra aver adeguato il regime di imputazione delle circostanze aggravanti al principio di colpevolezza⁶³.

3) Inutilizzabile risulta, altresì, il *criterio fondato sul principio di legalità*, tale per cui ogni dubbio ermeneutico dovrebbe essere risolto

⁶⁰ A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 569; R. BORGOGNO, *Criteri di distinzione*, cit., 382.

⁶¹ R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 36; M. GALLO, *Le forme del reato*, Torino, 1967, 9; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., 90.

⁶² Così, giustamente, T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 195.

⁶³ Sul punto, anche per i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. BASILE, *Commento all'art. 59 - sub B*, cit., n. 66 ss.

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"⁶⁴. Senonché, come hanno giustamente rilevato le Sezioni unite nella sentenza Fedi, il principio di legalità vale in ugual modo tanto per il reato-base quanto per il reato circostanziato⁶⁵, sicché, in mancanza di una univoca qualificazione legislativa in un senso o nell'altro, l'interprete dubbioso non è autorizzato ad optare per la configurazione circostanziale, anziché autonoma, facendo leva su tale principio.

4) Destinato alla bocciatura è anche il *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 circostanze⁶⁶.

A questo criterio la sentenza Fedi ha fondatamente rivolto due obiezioni. Prima di tutto, non pare possibile elevare il *favor rei* a canone di interpretazione della legge penale: esso è infatti un principio di accertamento del fatto addebitato all'imputato, è quindi soltanto un principio che regola l'applicazione della legge al caso concreto⁶⁷. In secondo luogo – e si tratta dell'obiezione davvero

⁶⁴ Cfr., tra gli altri, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 249; ID., voce *Circostanze del reato*, cit., 195; A. FABBRO, *Truffa per il conseguimento*, cit., 2322.

⁶⁵ Sul punto, v. M. GALLO, *Appunti di diritto penale - vol. I. La legge penale*, Torino, 1999, 56, nonché, con specifico riferimento alla problematica in esame, R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 21, e R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2008, 716. Sulla necessità che anche gli "istituti che approdano a modificazioni (...) della punibilità" sottostiano al principio di legalità, v. S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, p. 126, cui si rinvia anche per un'ulteriore illustrazione del canone "*nulla poena sine lege*".

⁶⁶ G. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., 88. In giurisprudenza, v. Cass., 13 febbraio 1998, Presti, CED 211820, in *Riv. Pen.* 1998, 857, secondo cui "nella possibilità di una duplice interpretazione [*scilicet*: come circostanza o come reato autonomo] di una norma (comunque logicamente giustificabile) è preferibile, secondo canoni di ragionevolezza, quella che consente al giudice una graduabilità della pena *mediante la comparazione delle circostanze*, rispetto ad un'altra più limitativa" (corsivo aggiunto).

⁶⁷ Nello stesso senso, in dottrina, G. BETTIOL, *La regola in dubio pro reo nel diritto e nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, 312; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., 69; sul punto, con ulteriori citazioni e con una chiara distinzione tra dubbio sul fatto (che può essere sciolto ricorrendo alla regola del *favor rei*) e dubbio sulla qualificazione giuridica del fatto (alla cui soluzione la suddetta regola deve restare estranea), v. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007, p. 324 ss.

decisiva – non è affatto detto che la configurazione circostanziale sia 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-base, ove il giudice ritenga tale attenuante equivalente (o peggio subvalente) rispetto a concorrenti circostanze aggravanti; la sua qualificazione come circostanza *aggravante*, invece, ne consentirebbe un accollo all'imputato anche per colpa (anziché solo per dolo, come di regola avviene per i reati autonomi di natura delittuosa); in generale, poi, la qualificazione come circostanza, sia essa *aggravante* o *attenuante*, poiché si riflette su una pluralità di norme e di istituti di segno tra loro ben diverso (v. *supra*, 2), può avere, ad un tempo e nei confronti di uno stesso imputato, sia effetti positivi che effetti negativi⁶⁸.

7. I criteri sopra illustrati messi alla prova

Lo schema qui proposto – in cui si parte dal riconoscimento del primato assoluto della qualificazione legislativa come “circostanza” (ove esistente), per poi passare all'applicazione di una serie di criteri: quelli ‘forti’ da utilizzare prioritariamente (e tra di essi assume rilievo di *condicio sine qua non* della natura circostanziale il rapporto di specialità), e quelli ‘deboli’ da utilizzare solo in subordine ai primi e solo cumulativamente tra loro, senza indugiare, invece, con criteri ‘inutili’ – può offrire una soluzione in molte delle ipotesi controverse.

In effetti, se proviamo ad applicare tale schema agli esempi di ‘casi più dibattuti e controversi’ sopra ricordati (v. *supra*, 3), in relazione ad alcuni di essi potremo approdare ad una soluzione in termini pressoché certi, capace di collocarsi oltre la soglia della opinabilità e di non generare, quindi, applicazioni giurisprudenziali ondivaghe e imprevedibili.

Così è per la fattispecie di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 co. 3, di cui si dubita della natura – di reato autonomo o di circostanza – rispetto alla fattispecie di cui al precedente co. 1. A ben vedere, infatti, in questo caso manca la stessa *condicio sine qua non* della qualificazione circostanziale: tra il favoreggiamento *rispet-*

⁶⁸ Nello stesso senso, in dottrina, M. GALLO, *Appunti di diritto penale – vol. III*, cit., 35.

to a delitti puniti con l'ergastolo o la reclusione (art. 378 co. 1) e il favoreggiamento rispetto a delitti puniti con pena diversa o contravvenzioni (art. 378 co. 3) non vi è un rapporto di specialità, in quanto il passaggio dall'una all'altra ipotesi comporta una sostituzione del reato-presupposto. Impossibile, quindi, affermare la natura di circostanza della fattispecie di cui al terzo comma, di cui invece occorre riconoscere la natura di reato autonomo⁶⁹.

Così è pure per le fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 co. 2 nn. 1 e 2, rispetto a quella di cui al precedente co. 1. La diversità dei soggetti attivi e passivi e degli altri elementi strutturali impedisce di individuare un rapporto di *genus ad speciem* tra la pretesa fattispecie base di cui al primo comma e le ipotesi di cui al secondo comma, sicché occorre riconoscere la presenza di tre autonomi reati⁷⁰.

Costituiscono, invece, sicuramente circostanze, e non autonomi reati, le fattispecie di cui all'art. 583 rispetto al reato di lesioni dolose di cui all'art. 582. Tale 'sicurezza' ci proviene, prima di tutto, dalla qualificazione legislativa espressa contenuta nel testo del secondo comma dell'art. 582, ove si parla esplicitamente di "circostanze aggravanti previste nell'art. 583". A conferma di tale natura circostanziale depongono il rapporto di specialità (la cui sussistenza, tuttavia, è contestata da una parte della dottrina⁷¹), la descrizione *per relationem*, tipica delle fattispecie circostanziali ("se dal fatto deriva ...", "se il fatto produce ..."), nonché la denominazione di "circostanze aggravanti" contenuta nella rubrica dell'art. 583^{72, 73}.

Pur in presenza del rapporto di specialità, nella fattispecie di cui all'art. 624 *bis* si deve, invece, individuare un reato autonomo dalla fattispecie di furto di cui all'art. 624: indizi 'gravi e concordanti' in tal senso si desumono dalla qualificazione legislativa espressa in

⁶⁹ Cfr. L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 349; più di recente, G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia - I. I delitti contro l'attività giudiziaria*, Padova, 2005, 642, con riferimenti anche alla contraria opinione.

⁷⁰ Cfr. F. FIERRO CENDERELLI, *Commento all'art. 570*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, III ed., Milano, 2011, n. 2 ss., con riferimenti anche alla contraria opinione.

⁷¹ V. *supra*, nota 34, e testo corrispondente.

⁷² Cfr. F. BASILE, *Commento all'art. 583*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, cit., n. 1 ss., con riferimenti anche alla contraria opinione.

⁷³ Un ulteriore argomento a favore della loro natura circostanziale proviene anche – come vedremo nel prossimo paragrafo – dall'interpretazione sistematica.

termini di “reato” contenuta nel terzo comma dell’art. 624 *bis*; dalla completa ridescrizione del fatto tipico; dall’attribuzione di un autonomo *nomen iuris* nella rubrica (“furto in abitazione”, “furto con strappo”)⁷⁴⁻⁷⁵.

A risultati pressoché sicuri si può giungere, infine, anche in relazione alla fattispecie di cui all’art. 609 *octies* rispetto al reato di violenza sessuale di cui all’art. 609 *bis*. Anche in tal caso, pur in presenza di un rapporto di specialità, a favore della natura di reato autonomo depono, in primo luogo, la (almeno parziale) ridescrizione del fatto: il legislatore, infatti, non si è limitato a prevedere che “se il fatto di cui all’art. 609 *bis* è commesso da più persone riunite, la pena è ...” – il che avrebbe indotto più agevolmente a pensare ad una circostanza aggravante; ma ha riformulato il fatto di reato, stabilendo che “la violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all’art. 609 *bis*. Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo è punito ...”. Sempre a favore della natura di reato autonomo militano, altresì, la sua collocazione in un separato articolo (dopo, peraltro, ben altri cinque articoli, uno dei quali, il 609 *ter*, è già appositamente dedicato alle circostanze aggravanti della violenza sessuale-base), nonché l’attribuzione di un apposito *nomen iuris* (“violenza sessuale di gruppo”) non solo nella rubrica, ma anche nel testo dell’art. 609 *octies*⁷⁶.

Non sempre, tuttavia, l’applicazione dello schema proposto conduce ad esiti tranquillizzanti. Permangono, infatti, non pochi casi

⁷⁴ Cfr. C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit., 219 ss., con riferimenti anche alla contraria opinione.

⁷⁵ Un ulteriore argomento a favore della natura di reato autonomo delle fattispecie di cui all’art. 624 *bis* viene altresì tratto – come vedremo nel prossimo paragrafo – dall’originaria *intentio legis*.

⁷⁶ Cfr. M.C. GERMANI, *La violenza sessuale di gruppo*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 216 ss.; S. PROVERBIO-M. VIZZARDI, *Commento all’art. 609 octies*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, cit., n. 3 ss., con riferimenti anche alla contraria opinione. A favore della natura di reato autonomo viene, altresì, invocata l’originaria *intentio legis* di stigmatizzare – sottoponendola ad un trattamento sanzionatorio più grave della figura-base, non bilanciabile da eventuali circostanze attenuanti – una forma di violenza sessuale particolarmente carica di disvalore etico-sociale: v. per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, III ed., Bologna, 2011, 256.

in cui la partita tra qualificazione come circostanza e qualificazione come reato autonomo finisce ‘in pareggio’, allorché i criteri ‘forti’ rimangono fin dall’inizio fuori gioco (salvo, naturalmente, il rapporto di specialità), mentre i criteri ‘deboli’ si schierano, taluni, a favore della prima, altri a favore della seconda qualificazione.

Si consideri, ad esempio, la già menzionata fattispecie della corruzione in atti giudiziari di cui all’art. 319 *ter* rispetto ai delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319. Poiché il rapporto di *species ad genus* sussiste, è legittimo domandarsi se siamo di fronte ad un reato autonomo o a una circostanza aggravante, ma gli altri due criteri ‘forti’, fondati sul meccanismo di modulazione della pena o sul richiamo all’art. 69, non possono venire in rilievo. Dobbiamo, allora, ricorrere ai criteri ‘deboli’; e qui la descrizione *per relationem* (“se i fatti indicati negli artt. 318 e 319 sono commessi ...”) ci fornisce un indizio a favore della natura circostanziale⁷⁷, mentre l’attribuzione di un apposito *nomen iuris* nella rubrica (“corruzione in atti giudiziari”), e la collocazione in un separato articolo orientano a favore della sua natura di reato autonomo⁷⁸.

Dubbi permangono – nonostante l’intervento nomofilattico delle Sezioni unite – anche in relazione all’art. 640 *bis*⁷⁹. Constatata l’esistenza del rapporto di *species ad genus* rispetto alla truffa, depone, infatti, a favore della natura circostanziale l’impiego della tecnica di descrizione *per relationem* (“se il fatto di cui all’art. 640 ...”). Ma si tratta di un indizio di per sé non risolutivo, contrastato dalla collocazione topografica della fattispecie in un separato articolo, mentre inequivoche (queste sì) circostanze aggravanti della truffa

⁷⁷ In tal senso, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, (a cura di C.F. GROSSO), Milano, 2008, 358; T. PADOVANI, *Commento alla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.* 1990, 543; L. MAZZA, *Delitti contro la pubblica amministrazione: prospettive di ulteriore riforma*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 693.

⁷⁸ L’opinione dominante è nel senso della natura di reato autonomo della corruzione in atti giudiziari: v., *supra*, nota 44.

⁷⁹ Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti, A. DELLA BELLA, *Commento all’art. 640 bis*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, cit., n. 2.

sono contemplate nello stesso articolo che prevede il reato-base (v. art. 640 co. 2)⁸⁰⁻⁸¹.

Come superare in questi casi il dubbio qualificatorio? come ridurre i margini di incertezza, destinati ad alimentare la discrezionalità giurisprudenziale?

8. *Fattispecie ostinatamente dubbie, interpretazione (ulteriormente) sistematica, intentio legis*

Una parte della dottrina ritiene che di fronte ad una insuperabile incertezza qualificatoria potrebbe essere sollevata questione di illegittimità costituzionale per violazione del principio di precisione-determinatezza⁸². Una strada, a dire il vero, difficilmente percorribile⁸³, sicché pare più congruo – benché non sempre più proficuo – seguire le indicazioni di altra dottrina che propone di risolvere tali “questioni ostinatamente dubbie”⁸⁴ facendo ricorso, in via residuale, ai ‘classici’ criteri ermeneutici.

1) Potrebbe così venire in rilievo, in primo luogo, l’*interpretazione sistematica*⁸⁵ – o meglio, l’interpretazione *ulteriormente* sistematica,

⁸⁰ Ambiguo, invece, è l’argomento che fa leva sulla rubrica (così pure G. ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, cit., 3380): la formula “truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche”, evidenziando la finalità cui è rivolta la condotta, potrebbe, infatti, essere letta sia come apposito *nomen iuris* conferito ad un reato autonomo, sia, e per contro, come sottolineatura del rapporto di più a meno in termini di gravità tra figura-base di cui all’art. 640 e figura circostanziata di cui all’art. 640 *bis*, al pari di quanto avviene, ad esempio, nell’art. 583 ove compaiono le formule “lesioni gravi” e “lesioni gravissime”, e nell’art. 612 co. 2 ove compare la formula “minaccia grave”.

⁸¹ Come vedremo nel successivo paragrafo, a favore dell’inquadramento dell’art. 640 *bis* come reato autonomo è stata altresì invocata, almeno prima della sentenza Fedì, anche l’originaria *intentio legis*.

⁸² A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 726

⁸³ Cfr. D. PULITANO, *Sull’interpretazione e gli interpreti*, cit., 679: “pur in assenza di un sicuro ancoraggio a criteri testuali o d’altra natura, non appare pensabile una denuncia di difetto di determinatezza, a meno di non ritenere che la Corte costituzionale, di fronte ad un’incertezza irrimediabile sulla qualificazione di un dato elemento, debba espungerlo dal sistema”.

⁸⁴ L’espressione è di R. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., 309.

⁸⁵ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., 567; ID., *Appunti di diritto penale - vol. III*, cit., 35; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 399; R. BARTOLI, *Truffa aggravata*, cit., 310.

giacché già taluni dei criteri sopra descritti altro non fanno che indicare un percorso di coordinamento del significato (oscuro) della norma controversa col significato (chiaro) di altre norme dello stesso rango.

Un esempio di interpretazione (ulteriormente) sistematica ci è offerto dall'art. 583. L'ennesima conferma della natura circostanziale delle fattispecie ivi descritte⁸⁶ discende, infatti, dalla lettura di un'altra norma, l'art. 584, ove si afferma che la condotta dell'omicidio preterintenzionale consiste in "atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582", senza alcun richiamo all'art. 583. Tale mancato richiamo induce a qualificare le lesioni gravi e gravissime come *circostanze* del delitto di cui all'art. 582, perché, altrimenti, si dovrebbe giungere alla conclusione assurda che la morte non voluta, cagionata con atti diretti a commettere gli (autonomi) delitti previsti dall'art. 583, non sarebbe punibile come omicidio preterintenzionale.

Un altro esempio di interpretazione (ulteriormente) sistematica ci proviene dall'art. 319 *ter*, ma questa volta siamo destinati a navigare in acque alquanto inquiete, senza che un sicuro porto appaia in vista. I sostenitori della sua natura di reato autonomo desumono, infatti, dall'interpretazione sistematica due argomenti a loro favore:

1) si sottolinea, in primo luogo, la presenza del "dolo specifico", la cui funzione sarebbe "proprio quella di distinguere la fattispecie in esame da quella ordinaria anche in considerazione degli interessi coinvolti"⁸⁷, proponendo, quindi, implicitamente, un coordinamento dell'art. 319 *ter* con ulteriori norme che descrivono reati autonomi che, seppur speciali rispetto ad altri reati, rivendicano la loro (pacifica) autonomia proprio grazie al dolo specifico che li connota: ad esempio, il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630), rispetto al sequestro di persona semplice (art. 605); lo spionaggio politico o militare (art. 257), rispetto al procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato (art. 256);

2) si richiama l'attenzione, in secondo luogo, sul coordinamento tra primo e secondo comma dello stesso art. 319 *ter*, rilevando che nel capoverso "sono previste altre specifiche ipotesi con indicazione

⁸⁶ Sulla natura circostanziale delle fattispecie di cui all'art. 583, v. quanto già detto *supra*, note 71-73, e testo corrispondente.

⁸⁷ V., anche per ulteriori riferimenti, C. BENUSSI, *Commento all'art. 319 ter*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., n. 2.

di autonome pene. Se dette ipotesi dovessero ritenersi figure [*scil.*: autonome] di reato, a maggior ragione ciò varrebbe per l'ipotesi base di cui al comma 1; se invece esse dovessero essere ritenute aggravanti di tale ipotesi, ne conseguirebbe ugualmente l'impossibilità di configurare quest'ultima come aggravante, non essendo ipotizzabile l'aggravante di un'aggravante"⁸⁸.

Entrambe tali argomentazioni possono, tuttavia, essere confutate sullo stesso terreno – quello dell'interpretazione sistematica – sul quale sono germogliate:

1) l'argomento del "dolo specifico" risulta invero oltremodo depotenziato, non appena si raffronti l'art. 319 *ter* con l'art. 573 co. 2, o con l'art. 481 co. 2, i quali contemplanò indubbie *circostanze* (rispettivamente, del reato di sottrazione consensuale di minorenni, e del reato di falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità), che aggiungono al reato-base proprio un connotato equivalente al dolo specifico: la variazione di pena è, infatti, in tali ipotesi subordinata alla commissione del fatto "per fine di matrimonio", "per fine di libidine" o "a scopo di lucro". In generale, poi, può agevolmente rilevarsi che non mancano altre previsioni circostanziali attraverso le quali si conferisce rilievo ad una particolare motivazione o finalità dell'agire (dai "motivi abiecti o futili", o di "particolare valore morale o sociale", fino alla "finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico", o alla "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso", etc.);

2) anche l'argomento della inconfigurabilità di "un'aggravante dell'aggravante" non regge sul piano dell'interpretazione sistematica: il sistema, infatti, offre altri esempi di norme che prevedono aumenti di pena (mediante la tecnica delle circostanze del reato) per ipotesi

⁸⁸ Utilizzano tale argomento 'sistematico', tra gli altri, A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1995, 394; C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 509; in giurisprudenza v. Cass., 30 ottobre 1995, Perrone, in *CED Cass.*, n. 202732 (e da tale sentenza abbiamo tratto il testo virgolettato); Cass., 6 febbraio 2007, S., n. 12409, cit., 1648. Un analogo argomento è talora utilizzato anche a sostegno della natura autonoma delle nuove fattispecie, di cui all'art. 624 *bis*, del furto in abitazione e del furto con strappo, il cui terzo comma prevede, per l'appunto, delle circostanze aggravanti speciali: si rileva, infatti, a tal proposito che "costituirebbe una manifesta anomalia la previsione di circostanze di una circostanza" (F. MANTOVANI, voce *Furto in abitazione e furto con strappo*, in *Dig. pen. – Agg.* 2004, 237; nello stesso senso, C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 220).

di reato già *circostanziate*. Se si va a leggere, ad esempio, l'art. 585, si può agevolmente constatare che qui sono contemplate proprio delle "aggravanti di un'aggravante": "nei casi previsti dagli articoli ... 583 [fatti sicuramente circostanziali per le ragioni anzidette] la pena è aumentata se ...". Lo stesso si riscontra nel quarto comma dell'art. 595 in relazione alla diffamazione recata a un corpo politico, amministrativo o giudiziario: ivi è, infatti, stabilito che in tal caso le pene – anche quelle previste dalle ipotesi circostanziate di cui ai precedenti commi secondo (diffamazione consistente nell'attribuzione di un fatto determinato) e terzo (diffamazione recata a mezzo stampa) – "sono aumentate".

Sempre dall'interpretazione sistematica si è, del resto, tratta esplicitamente proprio la conclusione opposta a quella della natura autonoma dell'art. 319 *ter*⁸⁹. Si fa notare, infatti, che l'art. 319 *ter* non è richiamato nell'art. 322, sicché, a considerarlo reato autonomo, rimarrebbe impunita l'istigazione ad una forma di corruzione particolarmente grave qual è quella in atti giudiziari⁹⁰; si rileva, inoltre, che "la circostanza attenuante dell'art. 323 *bis*, riferibile sia alla corruzione propria che impropria, non richiama il fatto previsto dall'articolo in esame senza altro ragionevole motivo se non l'esclusione della sua riferibilità ad un autonomo reato. Né lo richiama l'art. 320"⁹¹. A ciò aggiungiamo, infine, che l'art. 319 *ter* non risulta nemmeno richiamato – mentre lo sono gli artt. 318 e 319, e perfino, ultroneamente, l'art. 319 *bis* – dall'art. 32 *quater*, il quale elenca in modo tassativo i casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Se si considerasse la corruzione in atti giudiziari un reato autonomo, pertanto, alla condanna non conseguirebbe tale pena accessoria; l'unico modo per evitare questa assurda conseguenza, sarebbe, pertanto, qualificare l'art. 319 *ter* come circostanza dei reati di cui agli artt. 318 e 319.

Se è vero, quindi, che l'interpretazione (ulteriormente) sistematica può offrire indizi ulteriori ai fini della qualificazione di fattispecie dubbie, è altresì vero – e l'esemplificazione relativa all'art. 319 *ter* lo dimostra – che non possiamo affatto attribuire ad essa l'auspicato

⁸⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, XV ed. (a cura di C.F. GROSSO), cit., 358, che a sua volta richiama T. PADOVANI, *Commento alla riforma*, cit., 543.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

ruolo di *deus ex machina*, il cui intervento sia, in ogni ipotesi, definitivamente risolutorio.

2) Soprattutto in relazione a fattispecie di nuovo conio, in caso di dubbi non superabili coi criteri di distinzione sopra illustrati, un aiuto ermeneutico potrebbe altresì provenire dall'interpretazione storica, non tanto per dare rilievo alla tradizione legislativa anteriore⁹², quanto per valorizzare l'*intentio legis* che può aver sostenuto determinati interventi novellistici⁹³.

Alla volontà del legislatore storico si è ricorsi, ad esempio, per desumere un ulteriore argomento a favore della qualificazione del nuovo art. 624 *bis* (furto in abitazione e furto con strappo) come reato autonomo⁹⁴. Con la legge n. 128/2001 – 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 come aggravanti, in quanto tali soggette al bilanciamento di cui all'art. 69⁹⁵.

Ma nemmeno all'*intentio legis* possiamo infallibilmente attribuire il ruolo di ago della bilancia, come dimostrano proprio le vicende interpretative relative alla fattispecie – l'art. 640 *bis* – dalla quale,

⁹² Così, invece, R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali*, cit., 180. Giusto, in effetti, il rilievo critico mosso a tale opinione da L. CONCAS, *Circostanze del reato*, cit., 377: “le soluzioni adottate nella legislazione penale precedente non possono offrire alcun valido argomento, poiché le valutazioni di politica legislativa che le hanno giustificate possono anche essere mutate nel tempo; e d'altro canto esse appaiono talvolta (...) frutto più del caso che di una scelta ponderata”.

⁹³ Nella giurisprudenza di legittimità a Sezioni unite, valorizzano, ai fini qui rilevanti, l'*intentio legis*, tra le altre, Cass., sez. un., 26 novembre 1982, Greco, cit.; Cass., sez. un., 8 gennaio 1998, Deutsch, cit.

⁹⁴ Sulla natura di reato autonomo di tali fattispecie, v. quanto già detto *supra*, note 74 e 75, e testo corrispondente.

⁹⁵ In tal senso, in giurisprudenza: Cass., 19 settembre 2006, n. 36606, in *Cass. pen.*, 2007, 2815; Cass., 27 aprile 2006, n. 14512, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 978; Cass., 8 marzo 2005, Stojanovic, in *CED Cass.*, n. 230970; in dottrina, tra gli altri, F. MANTOVANI, voce *Furto in abitazione*, cit., 237; C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 220; G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato*, cit., 2815.

come abbiamo visto, è ripartito il dibattito nell'ultimo decennio intorno alla distinzione tra circostanze e reati autonomi.

Prima della sentenza Fedi, infatti, i sostenitori della natura di reato autonomo della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche facevano espressamente leva sull'intenzione del legislatore storico di punire più rigorosamente questa particolare ipotesi di truffa, sottraendola al giudizio di bilanciamento. Si rilevava, a tal fine, che “nella più ampia categoria della truffa il legislatore ha inteso enucleare una figura a sé, che si caratterizza (...) per il fatto che la norma è stata introdotta con l'art. 22 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ossia nell'ambito delle (nuove) disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale. Da ciò è agevole dedurre che il legislatore ha inteso colpire con una previsione *ad hoc* e non con una mera circostanza aggravante un fenomeno delittuoso, spesso (anche se non esclusivamente) legato alla criminalità organizzata”⁹⁶.

Le Sezioni unite nel 2002 censurano, invece, una siffatta interpretazione, ammonendo che “questa pur apprezzabile ragione di politica criminale non può essere perseguita a costo di manipolazioni esegetiche, che finiscono per tradire la oggettiva volontà della legge”⁹⁷, così svelando la precarietà di ogni operazione interpretativa imperniata sull'*intentio legis*⁹⁸.

Un ulteriore ridimensionamento del ruolo attribuibile all'*intentio legis* scaturisce, altresì, da un'altra, recentissima pronuncia a Sezioni unite nella quale – dopo aver precisato che la ricerca dell'“intenzione del legislatore” è legittima esclusivamente nel caso in cui “il senso letterale della norma non dovesse risultare di univoca e chiara interpretazione” – si è ammonito sul fatto che tale ricerca va compiuta

⁹⁶ Cass., 9 novembre 1998, De Vita, cit. Nello stesso senso, v., *ex pluribus*, F. ANTONISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, XV ed. (a cura di C.F. GROSSO), cit., 382; E. PALERMO FABRIS, *La recente legislazione italiana in tema di frodi comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1993, 810.

⁹⁷ Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Fedi, cit.

⁹⁸ Anche il nostro Onorando, già all'indomani dell'introduzione dell'art. 640 *bis*, sottolineava la discrasia tra *intentio legis* (reato autonomo) e dati normativi fissati nella legge (circostanza), rilevando come “la tecnica di formulazione della fattispecie sembra abbia qui tradito l'aspirazione del legislatore ad un trattamento di rigore”: F. COPPI, *Appunti in tema di “malversazione a danno dello Stato”*, cit., 575 e s.

“fermo comunque il fondamentale principio ermeneutico secondo il quale, una volta entrata in vigore, la norma giuridica ha una propria vita, autonoma rispetto alle intenzioni di chi la pose in essere”⁹⁹.

9. Epilogo

Giunti a questo punto dobbiamo, allora, arrenderci di fronte alla constatazione della presenza di *fattispecie ostinatamente dubbie*, che si lasciano qualificare – plausibilmente, ma, ahimè, non univocamente – tanto come circostanze quanto come reati autonomi. Tra gli esempi sopra prospettati, si pensi alle fattispecie di cui agli artt. 319 *ter* e 640 *bis*, per le quali non siamo riusciti a pervenire – né sulla scorta dei criteri ‘forti’, né di quelli ‘deboli’, né sulla base dei criteri interpretativi ‘classici’ – ad una qualificazione univoca, nettamente prevalente sull’altra.

In tali casi la scelta tra le due possibili opzioni spetterà in definitiva solo al giudice, caso per caso, con buona pace per ogni aspettativa del cittadino di ‘interpretazioni prevedibili’.

Benché lo strumentario logico-interpretativo che abbiamo ripercorso nelle pagine precedenti dovrebbe ridurre al minimo le “fattispecie ostinatamente dubbie”, esse ci paiono, tuttavia, al momento ineliminabili: siamo di fronte, in effetti, ad un ennesimo “spazio lasciato ‘in bianco’ da un legislatore inadempiente”¹⁰⁰.

In attesa di una riforma legislativa che intervenga a colmare anche questo “spazio bianco”, suona, pertanto, ancora tristemente attuale il lamento sollevato – ormai quasi quarant’anni fa – da Vassalli: “è deprecabile che sia tanto difficile la ricerca di un criterio distintivo tra elementi costitutivi e circostanze in un sistema penale ispirato al principio di legalità e di certezza e che per giunta pretende di dare alla distinzione così rilevanti effetti di diritto sostantivo e di diritto processuale”¹⁰¹.

FABIO BASILE

⁹⁹ Cass., sez. un., 21 aprile 2010, Mills, cit.

¹⁰⁰ D. PULITANÒ, *Sull’interpretazione e gli interpreti*, cit., 679.

¹⁰¹ G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 12.