This is the peer reviewd version of the followng article:

L'evoluzione legislativa della disciplina delle circostanze del reato / Pighi, Giorgio. - STAMPA. - 10:(1988), pp. 1-12.

Terms of use:

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

12/10/2024 05:47

(Article begins on next page)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA
ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE

Avv. GIORGIO PIGHI
Ricercatore Confermato Diritto Penale Università Modena

L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA DELLA DISCIPLINA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

CONFERENZE - SEMINARI N° 10

STAMPATO MARZO 1988

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA
ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE

Avv. GIORGIO PIGHI

L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA DELLA DISCIPLINA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

INDICE

1. La funzione delle circostanze nell'ordinamento.
2. Le modifiche intervenute sulla disciplina delle circostanze.
3. Le prospettive di riforma.

1. *La funzione delle circostanze nell'ordinamento.*

Le circostanze sono elementi accidentali del reato costruiti in forma normalmente tipizzata (1), la cui presenza, di regola, determina una maggiore o minore gravità del reato, cui consegue una modificazione della pena (2).

In ogni reato è previsto un quadro sanzionatorio delimitato fra un minimo e un massimo. Il giudice provvede poi a determinare la pena in tale quadro in base ai criteri di discrezionalità previsti dall'art. 133 c.p. (3).

Nel nostro ordinamento, tuttavia, il divario esistente fra fattispecie astratta delineata dalla norma e fatto storico concreto non è colmato solo dai criteri che presiedono all'esercizio della discrezionalità. Per colmare in parte tale divario e per attribuire rilevanza a particolari elementi significativi sono previste le circostanze che adempiono quindi alla funzione di un miglior adeguamento della pena al disvalore espresso dal fatto (4).

L'istituto si inserisce dunque nel fondamentale tema dei rapporti fra gravità del fatto e conseguenze sanzionatorie (5) comminate dalla legge ed irrogate dal giudice.

---

(1) Si veda: A. MANNA, *Circostanze del reato,* in Enc. giur. (corso pubbl.), p. 1 dell'estratto; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale,* Milano, 1965, p. 6 s.

(2) Cfr.: F. ANTOLISEI-L. CONTI, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Milano, 1985, p. 372.

(3) Cfr.: E. DOLCINI, *La commisurazione della pena,* Padova, 1979, p. 4; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Milano, 1965, p. 3s.

(4) Si veda, sul punto, A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza fra circostanze,* Napoli, 1971, p. 47 s.; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena,* Milano, 1983, p. 8.

(5) Cfr.: G. DE VERO, *Circostanze del reato,* cit., p. 10.

I termini del problema si pongono con evidenza. Se possiamo affermare che esiste tendenzialmente un criterio netto per individuare ciò che è illecito e distinguerlo da ciò che è lecito, diviene arduo e problematico cercar di cogliere quando un'azione sia più grave rispetto ad un'altra azione o, viceversa, quando un'azione sia meno grave rispetto ad un'altra azione (6).

Il Carrara, significativamente, affermava al riguardo: "può esservi un criterio morale costante per dire che certe azioni sono cattive: ma un criterio puramente morale, che sia universale e costante, per dire che un'azione è più cattiva di un'altra o che un dovere merita sempre maggior rispetto di un altro, non vi è" (7).

Due sono le possibili soluzioni volendo affrontare il problema dal punto di vista della tecnica legislativa. O si adotta un criterio casistico, individuando minutamente le deviazioni dalla fattispecie base, specificando la maggiore o minore gravità e indicando il quantitativo di pena che si aggiunge o si toglie alla fattispecie semplice. Oppure si utilizza un sistema fondato su criteri sintetici in base ai quali spetterà al potere discrezionale del giudice individuare questo maggiore o minore disvalore. È evidente che il criterio casistico assume connotati maggiormente garantistici in conseguenza del maggior grado di determinatezza posseduto dagli elementi che producono le variazioni di pena. Viceversa quello sintetico è modello di tecnica legislativa che dà maggiori possibilità di penetrare il fatto perchè sia il caso singolo ad essere sintomatico di maggiore o minore gravità.

Le circostanze nascono all'interno di questo quadro teorico. Si pongono, cioè, come anello di congiunzione, normativamente previsto, fra il reato e un certo trattamento sanzionatorio (8).

Rimanendo su un piano ancora generale, possiamo affermare che partecipano sia della natura del reato che della natura della pena (9).

Come il reato, sono costituite da una vera e propria fattispecie, alla quale si applicano tutte le regole interpretative che presiedono alla fattispecie penale.

Le circostanze presentano cioè un problema vero e proprio di tipicità volto a impostare un rapporto fra fattispecie concreta e fattispecie astratta, al fine di valutare se la fattispecie concreta rientra o non rientra nella fattispecie astratta.

---

(6) Sulla funzione delle circostanze volte ad ottenere che il reato sia la traduzione personalizzata del loro autore, cfr.: MARINI, *Le circostanze,* cit., p. 64.

(7) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale,* vol. I, Firenze, 1902, p. 190.

(8) Cfr.: A MALINVERNI, *Circostanze del reato,* in *Enc. dir.,* Vol. VIII, Milano, 1960, p. 68 s..

(9) Cfr.: G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato,* Napoli, 1963, p. 167 s..

L'effetto delle circostanze sul reato appartiene, viceversa, alla tematica della pena. In presenza di questo nuovo fatto tipico, che si aggiunge alla fattispecie semplice, si ha un mutamento del trattamento sanzionatorio.

L'evoluzione storica delle circostanze, dai codici preunitari alle ultime riforme di questi anni, è andata alla ricerca di un equilibrio fra le modalità tecniche di modifica del trattamento sanzionatorio ora enunciate. Metodo casistico, metodo sintetico, modalità di specificazione della fattispecie semplice, modalità di mutamento del trattamento sanzionatorio, sono i punti di riferimento di tale evoluzione.

Il diritto penale dei primi dell'800 conosce solo sporadicamente le circostanze, e in un'accezione più limitata e riduttiva rispetto al nostro attuale ordinamento. I codici europei che sono più condizionati da questo filone ne risentono particolarmente. Il diritto penale francese, ad esempio, è un diritto penale senza le circostanze attenuanti e aggravanti come noi le conosciamo. In tale ordinamento il giudice potrà applicare pene inferiori rispetto a quelle previste dalla legge se riconoscerà l'esistenza, di *circonstances atténuantes* (art. 463 *code pénal*). Tale potere tuttavia attiene alla discrezionalità e quell'ordinamento non procede mai a tipizzare elementi accidentali della fattispecie ([10]).

Il codice penale del 1859 parlò di circostanze per limitarsi ad affermare che le circostanze non si estendevano ai concorrenti qualora riguardassero solo taluno degli autori principali.

Il codice unitario del 1889 si limitò a enunciare le circostanze senza definirle allorchè disciplinò il loro effetto sulla pena (art. 29), l'*aberratio ictus* (art. 52), le attenuanti generiche (art. 59) e il concorso di persone (art. 65) ([11]).

La dottrina, però, aveva approfondito questo istituto sulla base di diverse tecniche legislative adottate in parte speciale, alcune delle quali parevano costruire attorno al reato ipotesi accessorie, mentre altre parevano realizzare una serie di reati autonomi in cui, all'elemento comune si aggiungeva di volta in volta quello speciale ([12]).

Il legislatore del 1930, consapevole degli approfondimenti avutisi in dottrina, in rapporto alle tecniche legislative che portavano a costruire fattispecie circostanziate o nuove fattispecie specializzanti, dettò una disciplina di parte generale sulle circostanze, tutta costruita su questa loro accidentalità.

Oltre all'individuazione di circostanze comuni aggravanti e attenuanti,

---

([10]) Cfr.: P. BOUZAT J. PINATEL, *Traité de droit pénal,* Paris, 1970, vol. I, p. 643s.

([11]) Sul punto cfr.: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* vol. I., Torino, 1920, p. 434 s. e G. SUMAN, *Manuale pei giudici ed avvocato penali,* Torino, 1891, p. 15 s. Per un'esposizione delle modalità di utilizzo dell'istituto delle circostanze da parte dei codici penali di fine '800, cfr. E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale,* vol. I, Milano, 1906, p. 98s.

([12]) Cfr.: V. MANZINI, *Trattato,* cit., p. 435.

previste dagli artt. 61 e 62 la novità fu rappresentata dalla disciplina del concorso di circostanze.

Come è noto, si ha concorso omogeneo di circostanze (art. 63 c.p.) quando ad uno stesso reato accedono più circostanze dello stesso segno: o tutte aggravanti o tutte attenuanti. L'art. 69 c.p. disciplina invece il concorso eterogeneo di circostanze che si ha quando allo stesso reato accedono circostanze di segno contrapposto, e cioè sia attenuanti che aggravanti.

Il legislatore del 1930 fu inoltre consapevole dell'estrema diversità dei meccanismi coi quali si può interferire sulla pena per modificarla. Da un lato si può applicare, in aggiunta o diminuzione, una frazione di pena a quella individuata in concreto per il reato semplice (es: artt. 582-585 c.p.). D'altro lato si può invece, in presenza della circostanza, identificare in astratto un nuovo quadro edittale (es: artt. 582-583 c.p.) (13).

Il legislatore del 1930 utilizzò il diverso meccanismo funzionale dell'*efficacia comune* (aumento per effetto di una moltiplicazione) e dell'*efficacia speciale* (nuovo quadro edittale) come premessa per ulteriore diversificazione di disciplina in caso di concorso eterogeneo di circostanze (presenza per lo stesso reato sia di attenuanti che di aggravanti).

Qualora le varie circostanze fossero state tutte ad efficacia comune (14) il giudice avrebbe dovuto operare un giudizio di bilanciamento fra le stesse e valutare se fossero equivalenti fra loro o quali invece prevalessero.

Le circostanze ad efficacia speciale, invece, rimanevano escluse da tale giudizio e il nuovo quadro edittale determinato da esse era comunque la base per la nuova quantificazione della pena, sulla quale potevano intervenire gli aumenti e le diminuzioni aritmetici dovuti a circostanze ad efficacia comune e l'eventuale giudizio di bilanciamento qualora le residue circostanze fossero eterogenee.

Il legislatore del 1930 fu condizionato, nella scelta della collocazione delle circostanze fra quelle ad efficacia comune e quelle ad efficacia speciale, soprattutto dal rilievo che attribuiva all'elemento tipizzato dalla circostanza di segno opposto (15). Se tale rilievo fu considerato inderogabile la circostanza venne costruita col meccanismo ad efficacia speciale, che rendeva tale elemento non suscettibile di bilanciamento. A tale disciplina furono assoggettate anche le circostanze inerenti alla persona del colpevole.

Se, viceversa, tale rilievo venne considerato derogabile si procedette a costruire le circostanze ad efficacia comune.

---

(13) Cfr.: G. CONTENTO, *Introduzione allo studio,* cit., p. 167 s.

(14) Per il raffronto fra vecchia e nuova normativa, cfr. F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale,* 3° ed., Padova, 1985, p. 24 s.; A. MANNA, *Circostanze del reato,* cit., p. 12 s..

(15) Sul punto cfr.: L. CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze,* in *Cass. pen., 1984, p. 2296;* G. DE VERO, *Circostanze del reato,* cit., p. 15.

Tale ricostruzione è sintomatica di una concezione sostanzialmente illimitata della discrezionalità legislativa che vede nei meccanismi funzionali adottati dal legislatore penale la conseguenza di mere opzioni di opportunità politica.

Deve tuttavia criticarsi l'utilizzazione dei due meccanismi funzionali delle circostanze, introdotta soprattutto per acquisire i risultati della diversa e contingente disciplina, mentre deve sottolinearsi, *de iure condendo,* la necessità di armonizzare il piano funzionale con quello del significato peculiare che assumono le singole tecniche di variazione della pena (16).

Siccome il meccanismo ad efficacia comune incide sulla quantificazione di una pena già determinata in concreto nel suo nucleo-base, tale meccanismo dovrebbe riguardare singoli momenti di determinazione della pena in concreto, selezionati dal legislatore che intende attribuire loro una specifica ed orientata valenza.

L'individuazione invece di un nuovo quadro edittale dovrebbe riguardare elementi che danno al reato una diversa gravità su un piano astratto.

2. *Le modifiche intervenute sulla disciplina delle circostanze.*

Le scelte di politica legislativa operate dal legislatore del 1930 furono oggetto di ripensamento nel mutato quadro politico istituzionale.

La difficoltà a procedere ad una nuova disciplina codicistica fu particolarmente sentita con riferimento al nostro istituto soprattutto per il fatto che le circostanze sono previste non solo in parte generale (art. 61, 62, 112 e 114 c.p.) ma anche in numerosissime disposizioni di parte speciale. Una loro organica riforma poteva coincidere soltanto con la riforma stessa del codice penale.

Si optò quindi per singoli interventi novellistici, i quali, anzichè ricostruire le singole circostanze attraverso nuovi criteri di discrezionalità legislativa, si limitarono ad intervenire sul rigore sanzionatorio che caratterizzava il quadro complessivo e sul meccanismo funzionale in caso di concorso eterogeneo.

L'abbattimento del rigore sanzionatorio fu realizzato innanzitutto con attenuanti generiche, previste dall'art. 62 *bis*, introdotte col decreto luogotenenziale legislativo n. 288 del 14 settembre 1944 (17). In base a tale disposizione il giudice, indipendentemente da quelle prevedute dall'art. 62 c.p., può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena.

Il nuovo istituto, per raggiungere l'evidente fine di abbassare il rigore sanzionatorio, non si inseriva molto armonicamente in un sistema che era stato costruito sulla tipizzazione delle circostanze, proprio al fine di

(16) G. DE VERO, *Circostanze del reato,* cit., p. 119 s. e 157 s.
(17) Cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche,* Napoli, 1959, p. 55 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale,* Padova, 1979, p. 361 s.

evitare ogni possibile attenuazione dei livelli di pena previsti. Esso consentiva, su un piano applicativo, di effettuare il giudizio di valenza con le altre circostanze ad efficacia comune, e di ridurre la pena determinata autonomamente in quelle ad efficacia speciale.

Proprio in rapporto all'eccessivo rigore che caratterizzava molti quadri edittali, le attenuanti generiche furono accolte con largo favore, ma tale loro funzionamento ne evidenzia la natura prevalente di correttivo di difetti del sistema.

Nella stessa linea è intervenuta, trent'anni dopo, la riforma attuata col decreto legge n. 99 dell'11 aprile 1974. Davanti all'impossibilità di rivedere organicamente le molteplici disposizioni circostanziali dell'ordinamento, si intervenne estendendo il meccanismo funzionale della valenza a tutte le circostanze, ivi comprese quelle ad efficacia speciale e quelle concernenti la persona del colpevole ([18]).

Anche il dichiarato intento di tale riforma fu quello di abbassare il rigore sanzionatorio complessivo, consentendo più ampi spazi di discrezionalità al giudice.

Da un lato si avvertiva la profonda inattualità delle scelte operate dal legislatore nel collocare i singoli elementi fra le circostanze aventi l'uno o l'altro effetto; d'altro lato era la stessa tipologia delle singole circostanze ad essere obsoleta e rispondente a criteri sorpassati di individuazione dei beni da sottoporre a maggiore o minor tutela.

Il quadro normativo dopo tale riforma lascia perplessa la dottrina ([19]) in quanto il sistema è ora costituito da un articolato e complesso meccanismo di graduazione della gravità delle fattispecie che può essere eliso, nel caso concreto, dal potere discrezionale del giudice dando rilievo, ad esempio, alle sole attenuanti generiche.

Il metodo casistico, sul quale è costruito il telaio del codice appare integrato da quello sintetico delle attenuanti generiche e subisce una sorta di possibile totale elisione nel giudizio di valenza. È evidente infatti che i meccanismi funzionali degli istituti in esame, in un sistema come l'attuale, perdono la loro orientata finalità di mezzi per perseguire scopi predeterminati di discrezionalità legislativa, in funzione della possibilità che le riforme suddette volevano introdurre, di *raggiungere un risultato sanzionatorio che potesse essere più mite.*

Senonchè quanto evidenziato dalla dottrina in ordine ai diversi fini perseguiti dalle circostanze ad efficacia speciale rispetto a quelle ad efficacia comune impone di approfondire ulteriormente l'esame critico dell'attuale disciplina.

([18]) Si veda G. VASSALLI, *Concorso fra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento,* Riv. it. dir. proc. pen., 1975, p. 3 s.; S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato,* in *Indice pen.,* 1983, p. 269 s.

([19]) Cfr.: F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale,* cit., p. 30.

Acquisito infatti che il meccanismo funzionale delle circostanze ad efficacia speciale sottende una diversa gravità astratta del reato tale da determinare un nuovo quadro edittale, risulta difficile giustificare che un'operazione sulla gravità in concreto, qual è il giudizio di valenza, possa elidere tale gravità astratta.

Successive riforme di portata più contenuta sono di segno opposto rispetto alle precedenti e tendono a ridurre, in certi casi, i margini di discrezionalità del giudice.

Si segnalano, al riguardo, l'art. 1, 3° comma del D.L. 15 dicembre 1979, n. 625 che non consente il giudizio di equivalenza o prevalenza delle attenuanti, quando ricorra l'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione, ovvero ne ricorrano, assieme a questa, altre ad efficacia speciale. Tale aggravante poi è inapplicabile quando ricorrano i casi di pentitismo di cui alla legge 29 maggio 1982 n. 304. (20)

Più singolare il meccanismo di cui all'art. 2, della legge 28 febbraio 1987 n. 34 il quale, nei confronti dei dissociati dal terrorismo, prevede una complessa e articolata circostanza attenuante che si applica per ultima venendo espressamente esclusa dal giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.. In sostanza in tal caso, applicata la deroga *contra reum* concernente l'aggravante del terrorismo, il trattamento sanzionatorio subisce un'ulteriore deviazione *pro reo* in conseguenza dell'attenuante.

È dunque evidente come il legislatore dell'emergenza abbia trovato un ostacolo a graduare le conseguenze sanzionatorie in presenza di un nuovo elemento che, per le sue peculiarità, poteva essere costituito solo da una circostanza aggravante. L'obiettivo di politica criminale avrebbe potuto essere troppo agevolmente frustrato dal meccanismo della valenza. Di segno contrario la preoccupazione per pentiti e dissociati che ha dato luogo a soluzioni tecniche possibili solo bloccando i meccanismi funzionali sia ordinari che speciali.

Un ultimo punto *de iure condito* concerne una recente riforma dalle finalità non immediatamente evidenti: la modifica del 3° comma dell'art. 63 c.p. mediante la previsione della nuova classificazione delle circostanze *ad effetto speciale*, ai fini, ovviamente, del concorso omogeneo di circostanze (21).

Tale categoria, da non far coincidere con quella delle circostanze ad efficacia speciale (o autonome), individua le ipotesi in cui gli aumenti o le diminuzioni sono superiori ad un terzo. In tal caso, e quando è previ-

(20) Sul punto, cfr.: T. PADOVANI, *"Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità,* in *La legislazione premiale,* Milano, 1986 p. 55 s..

(21) Su tale riforma si vedano, diffusamente: L. CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze,* cit., p. 2296 s.; G. DE VERO, *le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1986, p. 49 s.; F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale,* cit., p. 253 s..

sta una pena di specie diversa rispetto al reato base, la pena per le residue circostanze non opera su quella ordinaria per il reato, ma su quella stabilita per la circostanza anzidetta.

La *ratio*, apparentemente astrusa, della modificazione, va ricercata non già nel meccanismo funzionale del concorso omogeneo di circostanze *in termini di quantificazione della pena in concreto,* ma nel rilievo *in astratto* che la nuova classificazione produce ai fini dell'adozione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, della decorrenza dei termini di custodia cautelare (art. 255 c.p.p.) e della competenza del Pretore (art. 32 c.p.p.).

Come è noto, infatti, può aversi rilievo delle circostanze, sia in concreto, e cioè in rapporto ai meccanismi di aumento o di diminuzione adottati dal giudice, sia in astratto, per individuare i limiti minimo e massimo della pena per il reato circostanziato. La nuova classificazione, in sostanza, opera solo in quest'ultima e limitata direzione, escludendo normativamente che le circostanze ad effetto comune abbiano rilievo nei conteggi in astratto indicati specificamente dalla legge.

Gli effetti sulla determinazione in concreto sono inesistenti in quanto:
1) se gli aumenti sono tutti aritmetici (superiori o inferiori al terzo), è indifferente l'ordine seguito (22);
2) nel caso in cui una circostanza sia ad efficacia speciale (con aumento superiore o inferiore al terzo) dovrà comunque, come nel regime precedente, essere conteggiata per prima perchè il calcolo non può avvenire in altro modo;
3) nell'ipotesi di più circostanze ad efficacia speciale si continuerà ad applicare il quarto comma dell'art. 63 c.p., il cui coordinamento nel sistema con la nuova formulazione del comma precedente, presenta ora qualche sconnessione, risolvibile in via interpretativa (23).

Ci pare si possa affermare che il legislatore, mosso dalla necessità di selezionare il rilievo astratto delle circostanze a fini processuali, abbia molto inopportunamente introdotto una categoria vuota sul piano funzionale della quantificazione della pena, che è l'unico piano *effettivo* di operatività delle circostanze. La rilevanza processuale delle nuove classificazioni, infatti, si avrà unicamente al fine fittizio di individuare limiti astratti e ipotetici di pena (24) che, per alcuni istituti rimarranno tali anche in fasi processuali successive a quelle in cui il giudice determina la pena in concreto.

---

(22) Cfr. gli autori indicati nella nota precedente.
(23) Non si coglie infatti esattamente come debba essere inteso il riferimento a "più circostanze aggravanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo".
(24) La quantificazione astratta propria del concorso omogeneo di circostanze è fittizia, in quanto non tien conto dell'eventuale presenza della maggior parte delle attenuanti, e del giudizio di bilanciamento.

Per giungere a tale risultato il legislatore ha invece utilizzato espressioni non proprie in quanto l'ordine degli aumenti ha un senso, si ribadisce, solo nel caso di eterogeneità dell'operazione (come nella norma precedente), e non quando si tratta di addendi di una normale operazione aritmetica. Si è inoltre utilizzato un termine già presente in dottrina come sinonimo di circostanze autonome (25).

3. *Le prospettive di riforma.*

Si avverte dunque la necessità di un intervento razionalizzatore sulla disciplina delle circostanze, che armonizzi il loro modo di operare sul piano funzionale col significato che le variazioni di pena assumono rispetto al reato base. Anche a questo proposito appare significativa l'indicazione del Carrara (26) quando affermava che "trovate le condizioni della politica imputabilità di un fatto, non potrà però essere in arbitrio del legislatore di dare al fatto il battesimo di quello speciale delitto che a lui viene in fantasia, nè di imputarlo più o meno a piacimento suo".

Occorre dunque siano esattamente chiariti *de iure condendo* i rapporti esistenti fra circostanze e titoli autonomi di reato e fra circostanze e criteri di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 c.p..

Tale chiarimento, peraltro, non potrà essere basato sulla selezione dei contenuti, i quali possono inerire indifferentemente alle circostanze o ai titoli autonomi ma partendo, viceversa, dal significato che hanno nell'ordinamento i momenti commisurativi della pena indicati nell'art. 133 c.p.. Essi rappresentano infatti un sistema onnicomprensivo (27) di parametri di riferimento che il giudice valuta complessivamente al fine di consentire al fatto di esprimere il suo concreto disvalore. Tali elementi non sono in alcun modo tipizzati, ma rappresentano intere gamme di possibili manifestazioni della realtà che rendono possibile la formulazione di due giudizi, l'uno sulla gravità del reato, l'altro sulla capacità a delinquere del reo.

Fra le circostanze, alcune rappresentano la mera individuazione di una particolare intensità o connotazione di un singolo criterio di cui all'art. 133 c.p.. Così il danno di rilevante gravità (art. 61 n. 7 c.p.) è una particolare manifestazione della gravità del danno (art. 133 p.p. n.2 c.p.); il motivo futile è un particolare motivo a delinquere (art. 133 cpv. n. 1 c.p.). In tal caso il legislatore si limita a prefissare la valenza di una particolare manifestazione del parametro.

Vi sono invece altre circostanze in cui il pur posibile riferimento all'art. 133 non rappresenta una variazione d'intensità di un parametro, ma individua un'ulteriore fattispecie che, già in astratto, vuol dar vita ad una

(25) Cfr.: G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio,* cit., p. 83 ..
(26) Cfr.: F. CARRARA, *Programma,* I vol., cit., p. 149 s..
(27) Cfr.: F. BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 3 s..

figura più complessa. In tali casi il legislatore non ha voluto soltanto prefissare la valenza di un parametro di quantificazione, ma ha construito una tipologia nuova che si aggiunge a quella del reato base. Si pensi al furto introducendosi in abitazione in cui non vi sono solo il luogo e la modalità dell'azione (art. 133 p.p. n. 1 c.p.), ma un rapporto fra gli stessi, che renderà punibile maggiormente, non già il furto in abitazione, ma *introducendosi* in abitazione.

Deve ritenersi che il meccanismo ad *efficacia comune* (in cui la pena viene aumentata o diminuita dopo la determinazione in concreto all'interno del quadro edittale del reato base) debba essere riferita alle circostanze che rappresentano una mera variazione quantitativa di un prametro di quantificazione.

Il meccanismo a *efficacia speciale* (in cui la circostanza è costruita congiuntamente ad un nuovo quadro edittale) va invece riferito a quelle circostanze che delineano una nuova tipologia in cui non ricorre quindi il mero riferimento ai parametri di quantificazione.

Così armonizzate struttura e funzione delle circostanze, il legislatore potrebbe avviare a soluzione i problemi ancora aperti in relazione al nostro istituto.

Ci si riferisce, in particolare al problema dell'elemento soggettivo, disciplinato dall'art. 59/1 c.p. con una norma che, privilegiando il principio di materialità, vede la prevalente dottrina e la giurisprudenza orientate nel senso dell'imputazione obiettiva ([28]), e cioè anche in assenza di colpevolezza.

Il legislatore invece, dovrebbe prevedere la possibilità di imputazione obiettiva delle circostanze che rappresentano un parametro di quantificazione della pena in quanto espressione di una mera manifestazione della materialità del reato o della capacità criminale del reo salvo poi precisare che la quantificazione oltre l'aumento minimo è subordinata all'accertamento e all'intensità della colpevolezza. Dovrebbe invece disciplinare l'imputazione colpevole delle circostanze che rappresentano una nuova tipologia, in quanto espressione di ulteriori momenti significativi del divieto e come tali portatori di esigenze di colpevolezza. Tale imputazione, non dovrebbe però necessariamente prevedere la forma massima di colpevolezza e cioè il dolo, ma anche la forma più tenue, e cioè la colpa.

Soprattutto il legislatore dovrebbe riesaminare l'opportunità di escludere dal giudizio di valenza le circostanze ad efficacia speciale che, una volta costruite coerentemente con la *ratio* di individuare un ulteriore momento lesivo e colpevole del divieto, sarebbero collocate al di fuori della mera quantificazione della pena, e dovrebbero quindi far sentire in ogni caso il loro peso e non poter essere elise dalla discrezionalità del giudice.

([28]) Cfr.: G. MARINI, *Le circostanze del reato,* cit., p. 191 s..