

This is the peer reviewed version of the following article:

Circostanze del reato e principio di colpevolezza / Pighi, Giorgio. - STAMPA. - (1996), pp. 1-262.

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.

23/04/2024 11:49

(Article begins on next page)

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MODENA

Dipartimento di Scienze Giuridiche

Giorgio Pighi

**CIRCOSTANZE DEL REATO
E PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA**



MODENA 1996

Stampato in proprio
Depositare copie d'obbligo

Dati contenuti in OPAC - CATALOGO DEL SERVIZIO BIBLIOTECARIO NAZIONALE http://www.sbn.it/opacsbn/opac/iccu/free.jsp		
Livello bibliografico	Monografia	
	Tipo documento	Testo a stampa
	Autore principale	Pighi, Giorgio
	Titolo	Circostanze del reato e principio di colpevolezza / di Giorgio Pighi
	Edizione	Edizione provvisoria
	Pubblicazione	Modena : stampato in proprio, 1996
	Descrizione fisica	IV, 262 p. ; 24 cm.
	Lingua di pubblicazione	ITALIANO
	Paese di pubblicazione	ITALIA
	Codice identificativo	IT\ICCU\MOD\0231523

I N D I C E

CIRCOSTANZE DEL REATO E PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA DI IMPUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE

1. Dall'imputazione obiettiva all'imputazione colpevole delle aggravanti	Pag.	1
2. La disciplina dell'art. 59/2 c.p. ed i coefficienti di natura conoscitiva: conoscenza, ignoranza determinata da colpa, erronea rappresentazione dell'inesistenza determinata da colpa	"	9
3. Coefficienti di natura conoscitiva e circostanze costruite sull'evento	"	15
4. La "colpa" per la mancata conoscenza dell'aggravante	"	25
5. L'imputazione obiettiva delle attenuanti	"	29
6. Il problema delle attenuanti erroneamente supposte	"	33

CAPITOLO SECONDO

I PROBLEMATICI RAPPORTI FRA L'IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELLE AGGRAVANTI ED IL LORO CONTENUTO

1. Coefficienti di imputazione e contenuto aggravatore	"	39
2. La possibile sfasatura fra conoscenza-conoscibilità e contenuto aggravatore. La recidiva ed i motivi abietti o futili in particolare	"	48
3. Coefficienti conoscitivi e delitti aggravati dall'evento	"	58
4. Coefficienti conoscitivi e aggravanti indefinite	"	77

CAPITOLO TERZO

**IL DISVALORE ESPRESSO DALLE
CIRCOSTANZE AGGRAVANTI
E LA COLPEVOLEZZA**

1. Contenuto sostanziale delle aggravanti ed esigenze di colpevolezza	Pag.	85
2. Soggettività e colpevolezza nel sistema di circostanze del 1930	“	89
3. L'innesto dell'imputazione colpevole sulle circostanze preesistenti	“	96
4. Disvalore oggettivo e soggettivo nelle circostanze	“	102
5. Disvalore oggettivo ed esigenze di colpevolezza	“	113
6. Contenuto "psicologico" e disvalore	“	119
7. Le esigenze di colpevolezza in rapporto al disvalore e in rapporto alla funzione delle circostanze	“	130

CAPITOLO QUARTO

**LA FUNZIONE DELLE CIRCOSTANZE
NEL SISTEMA E LE CONSEGUENTI
ESIGENZE DI COLPEVOLEZZA**

1. Circostanze e modelli di variazione della pena in astratto e in concreto	“	133
2. Efficacia comune, efficacia speciale e loro conseguenze sulla pena nella disciplina vigente	“	138
3. La contrapposizione tra efficacia comune ed efficacia speciale e tra quantificazione della pena e specificazione del reato	“	140
4. L'avvicinamento fra previsione astratta e fatto concreto come esclusivo obiettivo dell'attuale sistema delle circostanze	“	147

5. La neutralità del contenuto circostanziale rispetto alla funzione specificativa e quantitativa.	Pag.	156
6. Struttura e funzione degli " <i>accidentalia delicti</i> " negli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo e loro collocazione nel sistema.	"	158
7. Le differenti esigenze di colpevolezza a seconda del ruolo specificativo o quantitativo delle circostanze.	"	175

CAPITOLO QUINTO

I COEFFICIENTI DELLA COLPEVOLEZZA NELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

1. La conoscenza dell'aggravante.	"	185
2. Fondamento e funzione della "colpa" per mancata conoscenza dell'aggravante.	"	187
3. Struttura della "colpa" per mancata conoscenza.	"	192
4. L'evitabilità dell'errore o della mancata conoscenza.	"	198
5. Il problema dell'imputazione colpevole per le aggravanti costituite da un risultato della condotta.	"	207
6. Conoscenza e conoscibilità degli elementi da cui deriverà causalmente l'aggravante.	"	217

CAPITOLO SESTO

LE IPOTESI PARTICOLARI DI IMPUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE

1. L'estensione delle circostanze ai concorrenti.	"	219
2. L'evoluzione della disciplina dell'estensione delle circostanze.	"	220
3. La modifica dell'art. 118 c.p.	"	228

Circostanze del reato e principio di colpevolezza

4. Le circostanze "strettamente soggettive" ed i limiti all'estensione.	Pag.	232
5. Nuove prospettive dell'estensione delle circostanze ai concorrenti.	"	236
6. L' <i>error in persona</i> (art. 60 c.p.) e l' <i>error in qualitate</i> nell'imputazione delle circostanze.	"	239
7. L'imputazione delle circostanze nel tentativo.	"	252

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA DI IMPUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE

SOMMARIO: 1. Dall'imputazione obiettiva all'imputazione colpevole delle aggravanti. 2. La disciplina dell'art. 59/2 c.p. ed i coefficienti di natura conoscitiva: conoscenza, ignoranza determinata da colpa, erronea rappresentazione dell'inesistenza determinata da colpa. 3. Coefficienti di natura conoscitiva e circostanze costruite sull'evento. 4. La "colpa" per la mancata conoscenza dell'aggravante. 5. L'imputazione obiettiva delle attenuanti. 6. Il problema delle attenuanti erroneamente supposte.

1. Il tema dell'imputazione di circostanza, prima della legge n. 19/90, veniva ricondotto fra le ipotesi di responsabilità oggettiva per le quali si segnalava l'esigenza di adeguamento al principio di colpevolezza ⁽¹⁾. Anche gli aggravamenti di pe-

¹ Sul tema delle circostanze si vedano: ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano, 1982; CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.* 1974, I, p. 345 s.; CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983; GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988; MALINVERNI, *Circostanze del reato*, voce in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 66 s.; MANNA, *Circostanze del reato*, voce in *Enc. giur.*, Roma, 1988; MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, 1993; MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965; MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959; MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva" delle circostanze del reato nelle prospettive di riforma*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 373 s.; IDEM, *Commento agli articoli 1 e 3 della legge 7 febbraio 1990, n. 19*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 21 s., p. 52 s.; IDEM, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1443 s.; PADOVANI, *Circostanze del reato*, voce in *Digesto disc. pen.*, II, 1988, p. 187 s.; PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di clas-*

na, ed in special modo quelli che determinano una fuoruscita dalla cornice edittale del reato semplice ⁽²⁾ avrebbero dovuto essere subordinati alla garanzia per il reo di poter aver luogo solo in presenza di situazioni riconoscibili ed evitabili.

La riforma dell'imputazione delle circostanze, recependo le indicazioni della dottrina, ha trovato spazio nei più importanti ed articolati progetti di riforma del codice penale che si sono susseguiti dal 1949 fino alla modifica del 1990, che recepisce alcune loro indicazioni e qualche rilievo critico che quelle avevano suscitato ⁽³⁾.

sificazione delle circostanze del reato, in *Indice pen.*, 1983, p. 269 s.; STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento (Profili storici e prospettive di riforma)*, Padova, 1979; VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 3 s.

² Sviluppa il tema del rapporto tra funzione ed efficacia delle circostanze: DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 119 ss.. Individuava nelle circostanze ad effetto speciale un ambito cui estendere l'imputazione colpevole anteriormente, alla legge 7 febbraio 1990 n. 19: PULITANÒ, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 74.

³ Prima dello *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Documenti giustizia*, 1992, p. 306 s., e del *Disegno di legge di riforma del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927 ss., si occuparono della riforma dell'imputazione di circostanza i progetti seguenti. Il *Progetto preliminare del codice penale*, Roma, 1949, p. 137, prevedeva il coefficiente reale della conoscenza, dal quale escludeva le circostanze inerenti alla persona del colpevole e quelle concernenti l'età altre caratteristiche della persona offesa. La medesima soluzione fu riproposta nel *Progetto preliminare di modificazioni al codice penale*, Roma, 1956, p. 128 s. Nel *Disegno di legge presentato al Senato dal Ministro di Grazia e giustizia*, in *Atti parlamentari terza legislatura*, n. 1018 e recante *Modificazioni al codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p.796 ss. la norma sulle aggravanti conosciute risente delle medesime limitazioni che verranno meno solo nel successivo *Disegno di legge presentato alla Camera dei deputati dal Ministro di Grazia e giustizia*, in

Come per altri istituti che presentano tensione conflittuale col principio di colpevolezza, anche per le circostanze si sono registrati sforzi volti ad individuare interpretazioni adeguate del sistema (4).

Pareva tuttavia che soprattutto per altri istituti (5) i risvolti problematici della disciplina del codice non fossero di ostacolo per una sua "novella" parziale. Si evidenzia infatti (6) la grande eterogeneità che caratterizza ora la forma di manifestazione del reato di cui ci occupiamo. Le circostanze danno luogo a fattispecie che, nell'attuale legislazione, si presentano troppo variegate per consentir di rinvenire coefficienti di colpevolezza capaci di aderire a tipologie così diverse. Per ridisegnare le circostanze con un contenuto in grado di essere "rimproverabile" con un coefficiente adeguato e ragionevole di colpevolezza si richiede una profonda revisione dei contenuti delle singole figure, che ne valorizzi il contenuto "non costitu-

Atti Parlamentari IV legislatura n. 4849, discusso alla seduta del 6 febbraio 1968 e recante *Modificazioni al codice penale*. La norma manterrà la stessa formulazione nei successivi progetti, sino al testo approvato dal Senato alla seduta del 31 gennaio 1973. Si veda quest'ultimo in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p.843 s.

⁴ Si veda, sul punto, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1987, p. 498.

⁵ Ci si riferisce in particolare alle condizioni obiettive di punibilità ed ai delitti aggravati dall'evento. Cfr.: ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p.1440 ss.; GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 272 e 281; ZANOTTI, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, ivi, p.343 s.

⁶ PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 191 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 51 s.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987, p. 546 ss.

tivo" e rafforzi una lineare distinzione fra i momenti di specificazione della fattispecie astratta e quelli della quantificazione in concreto della pena che convivono ora nel nostro istituto in maniera non sempre armonica.

La disciplina delle circostanze adottata dal codice del 1930 è stata oggetto di importanti ed approfonditi studi, specie nel secondo trentennio di sua applicazione, ma in chiave diversa rispetto a quella dell'adeguamento al principio di colpevolezza. Le acquisizioni dottrinali che derivano da tali contributi hanno rappresentato una base fondamentale per la comprensione del nostro istituto.

Si è innanzitutto approfondita la struttura della circostanza in un confronto di posizioni nel quale si contrappone il carattere strutturalmente autonomo dei reati circostanziati (7) a quello delle singole circostanze, dando particolare rilievo al carattere di strumentalità che attribuisce loro la funzione di indici di valutazione oggettiva del reato (8).

L'approfondimento del rapporto funzionale fra reato e circostanza ha poi portato ad individuare il significato dello sforzo di tipizzazione compiuto con le circostanze, attribuendo loro un ruolo di *valutazione legale dei reati* che rappresenta uno dei punti fermi delle acquisizioni sull'istituto (9).

Tali contributi hanno consentito alla dottrina più recente di impostare un rapporto fra le diverse modalità di variazione della pena e la funzione delle circostanze, individuando nella

⁷ Si veda: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit. p. 50 s.

⁸ Si veda: CONTENTO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 169 s.

⁹ Si vedano: STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit. p. 52 s. e ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 547 s.

determinazione legale e nella commisurazione giudiziale della pena le distinte funzioni dell'efficacia speciale e comune ⁽¹⁰⁾.

Un'organica disciplina volta a regolare compiutamente l'imputazione colpevole delle aggravanti dovrà dunque fare i conti con l'adeguamento delle fattispecie esistenti, numerosissime ed assai eterogenee e rivolgersi quindi alle norme di parte generale che trattano del sistema delle circostanze e delle figure "comuni", ed abbracciare coerentemente anche quelle della parte speciale e delle leggi speciali.

Un'operazione di riforma generale delle circostanze, anche se complessa, si presenta obbligata per ottenere una disciplina coerente fino in fondo del principio di colpevolezza, anche per altri due ordini di ragioni.

In primo luogo appare rilevante la presenza di circostanze costruite con specifiche caratteristiche perché, il legislatore ne ha pensato il funzionamento in un sistema di imputazione obiettiva ⁽¹¹⁾ e che parrebbero dunque richiedere una diversa

¹⁰ Cfr. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p.119 ss. e 157 ss.

¹¹ Sul punto cfr. MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione*, cit. p. 31ss. La preoccupazione cominciò ad evidenziarsi già dal *Progetto preliminare del codice penale* del 1949, cit., p.37, fortemente caratterizzato dall'idea retributiva, in cui si prevedeva per le aggravanti il coefficiente della conoscenza con la sola eccezione delle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed a quelle che riguardano l'età... e le altre condizioni o qualità fisiche o psichiche della persona offesa. La dottrina, prevalentemente critica sul progetto nel suo complesso, accolse favorevolmente l'innovazione, limitandosi però a sottolinearne il significato di superamento della responsabilità oggettiva. La soluzione si ripresenterà negli stessi termini per i progetti successivi. In relazione a questi ultimi, mentre la proposta del 1956 ripropone le stesse deroghe in rapporto alle circostanze che riguardano la persona del colpevole e la persona dell'offeso, i progetti successivi manterranno solo quest'ultima. Sul progetto del 1949, accomunano giudizi negativi ad un apprezzamento per l'eliminazione delle ipotesi di responsabilità oggettiva: ANTOLISEI, *Il progetto preliminare del codice pe-*

selezione di elementi costitutivi in un contesto di imputazione colpevole (12). Tale affermazione ha una portata massima per circostanze che, se imputate "dolosamente" o "colposamente" vengono incrinata nella loro significatività, come la recidiva (13) ed i "motivi", ed una portata meno intensa per circostanze nelle quali il significato aggravatore e l'accollo delle conseguenze al reo non parrebbe dover passare necessariamente attraverso un coefficiente di colpevolezza avente ad oggetto il puro e semplice sostrato materiale della circostanza. Valga l'esempio dell'aggravante del numero delle persone il cui significato aggravatore prescinde, anche in termini di colpevolezza, da una puntigliosa ricostruzione di quanti correi erano conosciuti o conoscibili e in cui, nello stesso tempo, appare di difficile individuazione il coefficiente psicologico quando sopravvengano correi in un momento successivo rispetto a quello in cui uno dei concorrenti ha ultimato la propria condotta.

nale, in *Sc. pos.*, 1949, p.378; CARNELUTTI, *Relazione della Facoltà giuridica di Roma sul progetto di riforma del primo libro del codice penale*, ivi, p.371. Fortemente critico sul progetto in generale, ma favorevole all'imputazione colpevole di circostanza, di cui ritiene limitativa l'esclusione delle ipotesi riguardanti l'offeso, mentre approva che non siano previsti coefficienti per quelle inerenti alla persona del colpevole è il GRISPIGNI, *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, ivi, p.356 s. È critico per l'esclusione dall'imputazione colpevole delle suddette circostanze concernenti l'offeso il DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p.171.

¹² Sul punto si veda: MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva"*, cit. p. 389.

¹³ Di tale preoccupazione vi è traccia nei progetti di riforma del 1949 e del 1956 (nota 3) i quali escludevano l'imputazione soggettiva per le aggravanti inerenti la persona del colpevole.

In quest'ultima, come in tante altre situazioni particolari, risulta ben difficile applicare una regola generale di imputazione, ma occorre costruire un coefficiente soggettivo *ad hoc*, adattato al singolo sostrato materiale della circostanza.

Il secondo ordine di ragioni che rende impegnativa la riforma dell'intero sistema va individuato nella necessità di cogliere le esigenze di colpevolezza in relazione ai differenti *contenuti* delle circostanze mentre l'intero sistema della disciplina di queste ultime e la stessa distinzione fra soggettive e oggettive indicata dall'art. 70 c.p. appaiono tesi prevalentemente a disciplinarne il *meccanismo funzionale*. La caratteristica delle circostanze di poter essere intrinseche o estrinseche rispetto agli elementi costitutivi (o talvolta di poter essere alternativamente o intrinseche o estrinseche) e di riferirsi a seconda dei casi alla condotta del reo, ai presupposti o all'oggetto materiale della condotta, all'evento, ai precedenti, ai motivi a delinquere e all'elemento soggettivo ⁽¹⁴⁾, diversifica notevolmente le esigenze di colpevolezza e pare imporre *l'individuazione di nessi psichici di contenuto reale o potenziale in grado di esprimere l'esigenza che il soggetto sopporti le sole conseguenze di fatti che siano riconoscibili ed evitabili*. Non tutte le aggravanti presenti nel nostro ordinamento hanno un contenuto che consente di costruire il loro rimprovero soggettivo attraverso un nesso psichico rapportato ad un sostrato materiale tipico. Talune infatti non descrivono un fatto conoscibile o prevedibile ma sono costituite da *un indice diretto di*

¹⁴ Si veda la classificazione, mirante ad individuare le componenti psicologiche, di MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. I, 1933, p. 596 ss., e quella, incentrata sulla distinzione fra oggettive e soggettive di PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione*, cit., p. 270 ss.

valutazione del reato, e rappresentano un apprezzamento sulla gravità del reato prefissato dalla legge e demandato al giudice. In tale contesto le esigenze di colpevolezza sono garantite in modo diverso rispetto alla riconoscibilità degli elementi normativamente descritti dalla circostanza e cioè attraverso la conoscibilità/ prevedibilità *ex ante* degli elementi utilizzati dal giudice per operare il giudizio (es.: minaccia grave, art 612/2 c.p.) che in tal modo si arricchiscono della necessaria colpevolezza.

In tale sistema si è inserita la riforma del 1990 ⁽¹⁵⁾ che ha imboccato la strada della modifica della sola disposizione di parte generale sull'imputazione di circostanza, senza interferire né sul meccanismo di applicazione, né sul contenuto delle singole figure.

Di tali preoccupazioni si mostrano invece consapevoli i più recenti progetti di riforma. Il progetto di legge delega per la riforma del codice penale ⁽¹⁶⁾ prevede una "riscrittura" organica del sistema delle circostanze organizzato sui tre fondamentali livelli della legalità, della determinatezza e della colpevolezza. Nel disegno di legge n. 2038 del 1995 ⁽¹⁷⁾, che segue l'opposta tecnica della redazione di un "articolato" al fine di favorire il dibattito sulle soluzioni già definite, divengono elementi di

¹⁵ Il disegno di legge n. 1707 del 19 ottobre 1987 era stato presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dal Ministro della Funzione Pubblica e non conteneva proposte di riforma riguardanti l'imputazione di circostanza, che furono introdotte solamente nel corso della successiva discussione al Senato.

¹⁶ Si veda: *La riforma del Codice penale. Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, cit., c. 318 s.

¹⁷ Si veda: *Disegno di legge di riforma del primo libro*, cit., p. 956 ss. e 984 ss.

semplificazione, sia l'eliminazione delle circostanze c.d. autonome, che cioè determinano la pena in maniera indipendente da quella ordinariamente prevista per il reato, sia l'enunciazione della regola, propria delle circostanze ad efficacia comune, secondo la quale, in caso di concorso di circostanze, si opera una serie progressiva di aumenti e diminuzioni di pena. Nel sistema proposto viene pertanto eliminato il giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee e si effettua uno specifico richiamo alla discrezionalità.

2. Anche in materia di circostanze lo studio degli atteggiamenti psichici del reo non può prescindere da una duplice e fondamentale distinzione fra atteggiamenti reali e potenziali e fra momenti conoscitivi e momenti volontaristici e di previsione.

Il terreno dell'individuazione dei coefficienti reali e di quelli potenziali appare il medesimo in cui matura la distinzione fra dolo e colpa sia come generali manifestazioni di soggettività, sia come indici di colpevolezza in relazione al processo motivazionale, ancorché sia assai diversa la funzione dell'elemento soggettivo del reato rispetto a quella dei criteri di riconoscibilità ed evitabilità che devono presiedere ad un'imputazione di circostanza coerente col principio di cui ci occupiamo.

Appare allora opportuno ripercorrere qui brevemente i termini in cui la dottrina ha posto il problema dei coefficienti di imputazione del reato.

La struttura del dolo è caratterizzata dalla rappresentazione e volontà dell'intero fatto tipico ⁽¹⁸⁾.

¹⁸ Cfr.: MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 318; GALLO, *Dolo*, voce in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p.750 ss.

Il richiamo dell'art. 43 c.p. all'evento va integrato con quello dell'art. 47 c.p. all'errore sul fatto e con quello dell'art. 59/4 c.p. che fa riferimento all'errore sulle scriminanti.

Anche la colpa è costruita dall'art. 43 c.p. in relazione all'evento, la cui non volontarietà si accompagna alla possibilità di prevederlo (o alla sua effettiva previsione) e alla sua verifica a seguito del mancato rispetto di regole cautelari e alla possibilità di evitarlo mediante l'osservanza di regole che si poteva pretendere dal soggetto. La ricostruzione della fattispecie colposa è avvenuta prestando notevole attenzione alla fattispecie a struttura causale mancando un'organica trattazione che riguardi le fattispecie prive di evento naturalistico (19).

Conseguentemente anche la nozione di colpa richiede dunque di essere integrata con il richiamo all'art. 47 c.p. (sull'errore di fatto determinato da colpa) che allarga a quanto non si è conosciuto e si sarebbe dovuto conoscere e con il richiamo all'eccesso colposo (art. 55 c.p.) e all'errore colposo sulle scriminanti (art. 59/4 c.p.) che allargano ad ipotesi di evento voluto in una situazione soggettivamente rappresentata come scriminata mentre sarebbe stata riconoscibile la sua antiggiuridicità (20).

Per quanto riguarda le circostanze, la struttura del loro coefficiente di imputazione, per esprimere riconoscibilità ed evitabilità, non può che essere legata al significato che l'ordinamento attribuisce al loro sostrato materiale.

¹⁹ Cfr.: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 419 ss.

²⁰ Cfr.: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova 1993, p. 448 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 335 ss.; GALLO, *Colpa penale*, voce in Enc. dir., vol. VII, 1960, p. 624 s.

L'individuazione di coefficienti di imputazione del reato, così come avviene per quelli delle circostanze, si realizza attraverso la selezione di elementi di natura soggettiva che abbiano una delle seguenti caratteristiche, le sole che può assumere un qualsiasi elemento soggettivo: reale-volontario e di previsione, reale-conoscitivo, potenziale - di previsione, potenziale - conoscitivo.

I coefficienti di carattere conoscitivo posti per le circostanze dal legislatore del 1990 sono di carattere reale e di carattere potenziale. Si risponde dunque dell'aggravante a titolo di conoscenza o, sussidiariamente, a titolo di colpa per non aver conosciuto ⁽²¹⁾.

Poiché la circostanza può inerire sia al reato doloso che al reato colposo appare evidente che la scelta ha anche lo scopo di evitare situazioni di incongruenza quali sarebbero potute derivare dal riferimento alla sola conoscenza reale, come avveniva in alcuni progetti precedenti. Anche tale caratteristica è ribadita dal disegno di legge delega per la riforma del codice penale nel quale si sottolinea un ulteriore ed importante

²¹ I progetti di riforma (cfr. nota 3) succedutisi sino al 1973 avevano previsto il solo coefficiente della conoscenza, prendendo in considerazione come unica possibile obiezione all'innovazione non già il difficile assestamento nel sistema di tale coefficiente, ma le difficoltà probatorie. A tale obiezione replicavano affermando la priorità della colpevolezza per il suo significato di affermazione per la "responsabilità in senso morale". Nella relazione al Progetto preliminare di modificazioni del 1956 (cit. p.32), con un'espressione riportata anche in quelli successivi si afferma infatti "Né vale obiettare che, a volte, può presentarsi difficile raggiungere la prova della conoscenza dell'aggravante da parte dell'agente, poiché, tale eventualità non è argomento decisivo per allontanarsi da principi veramente sentiti dell'odierna coscienza giuridica". Critico sulla previsione del solo coefficiente reale della conoscenza: GALLO, *Relazione*, in *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Napoli, 1976, p.29.

elemento di cui tenere conto. Sarebbe stato profondamente errato, come qualcuno suggeriva, riferire il coefficiente reale ai reati dolosi e quello potenziale a quelli colposi. Viene infatti affermato che "si è scartata l'idea di uniformare l'applicazione delle aggravanti al coefficiente di colpevolezza proprio dello specifico reato, poiché una tale soluzione avrebbe in sostanza presupposto, nella circostanza, carattere costitutivo rispetto all'offesa realizzata ciò ch'essa, per definizione, non ha e non deve avere" (22).

L'articolato del disegno di legge n. 2038 (23) sviluppa l'imputazione di circostanza prescindendo dalla natura dolosa o colposa della specifica fattispecie criminosa. Se il soggetto non poteva rappresentarsi la circostanza aggravante, questa non è valutata contro di lui, a meno che la mancata rappresentazione non sia ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa. Il senso dell'espressione utilizzata fa perno, come per la norma attualmente in vigore, sull'errore e l'ignoranza colposi quali coefficienti minimi di imputazione. Dovrà allora convenirsi che, anziché l'espressione "Le circostanze ... che l'agente *non si poteva rappresentare ...*", ben si sarebbe potuto utilizzare " ... *non si è rappresentato ...*". Il riferimento all'impossibile rappresentazione non fa che ripetere il contenuto dell'eccezione alla conoscenza rappresentata dall'errore o dall'ignoranza colposa, potendo essere fonte di equivoco interpretativo fino a far ritenere che, per imputare la circostanza, oltre alla mancata rappresentazione determinata da colpa, possa essere sufficiente anche la *possibile rappresentazione* che non è divenuta rappresenta-

²² Così: *La riforma*, cit., c. 319.

²³ Si veda: *Disegno di legge*, cit., art 59/4, p.984.

zione effettiva prescindendo dalla colpa, introducendo un inutile rompicapo interpretativo.

La razionalizzazione del sistema di imputazione per gli elementi costitutivi e per quelli accidentali del reato risente anche della necessità di individuare coefficienti per le circostanze che non si pongano in contraddizione con quelli richiesti per gli elementi costitutivi.

La scelta di introdurre alternativamente coefficienti reali o potenziali si basa sulla considerazione che non mina la struttura delle fattispecie il prevedere un coefficiente doloso per il reato semplice ed accollare in base ad un coefficiente potenziale l'elemento circostanziale. Parimenti un coefficiente che ammetta la conoscenza reale per l'elemento accidentale che si colloca in un momento antecedente o concomitante alla condotta (e persino connesso all'evento nei casi di "colpa impropria") non è di per sé incompatibile con la struttura di una fattispecie circostanziata colposa. Es.: il soggetto ben può essere a conoscenza di violare le norme sulla circolazione stradale (art. 589/2 c.p.) e non voler cagionare l'evento.

Le espressioni "conosciute", "ignorate", "ritenute inesistenti", che ripropongono quelle usate nella precedente formulazione dell'art. 59 c.p. sulle quali si è già dovuto soffermare l'interprete (24), impongono di approfondirne significato nella nuova collocazione in cui sono state utilizzate. A maggior ragione tale approfondimento si impone in relazione all'utilizzazione del termine "colpa" come situazione di rimprovero soggettivo da cui è dipesa la mancata conoscenza della circostanza.

²⁴ Si è ritenuto, in particolare, che l'utilizzazione del concetto negativo della *non conoscenza* fosse sinonimo anche di *non volontà* "perché chi non conosce non può volere". Così: MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, cit., p. 597.

Nel contesto delle situazioni di "colpa", il tema della differenza fra ignoranza ed errore non pone in materia di circostanze una specifica valenza che lo differenzi dalla prospettiva nella quale è stato valutato sin qui in dottrina. Attiene infatti alle cause di non rappresentazione della realtà per le quali il soggetto ha realizzato un vizio di conoscenza del sostrato materiale della circostanza che può assumere le forme dell'ignoranza dell'elemento che la integra (es.: il reo non sa di essere latitante ignorando la circostanza prevista dall'art. 61 n.6 c.p.) o dell'errore sulla sua ricorrenza (es.: il reo crede di sottrarre un oggetto di bigiotteria e non un oggetto prezioso di gran valore errando sull'esistenza della circostanza prevista dall' art.61 n.7; oppure, il reo crede di entrare in un luogo che non è più destinato ad abitazione, supponendo l'inesistenza della circostanza prevista dall'art. 625 n.1 c.p., ma è in errore poiché gli occupanti hanno ritardato il loro allontanamento) (25)

Le categorie del "conoscere" e del "non conoscere per colpa" riferite dal nuovo art. 59/2 c.p. al sostrato materiale della circostanza paiono evidenziare dunque un "contenuto colpevole" diversamente modulato da quello che caratterizza dolo e colpa. Non è solo in gioco la mancata enunciazione esplicita delle componenti rappresentative di fatti futuri, sulla quale si tornerà al paragrafo successivo. Si evidenzia anche il dato assai significativo di un rapporto costruito su ipotesi alternative con il sostrato materiale del quale l'ordinamento intende garantire il rimprovero. Può allora affermarsi che tale

²⁵ Sul punto si vedano: GALLO, *Colpa penale*, cit., p. 632 s.; PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, p. 132 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 9 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 415.

rapporto poteva essere "reso" attraverso una formulazione più sintetica che evidenziasse come l'ordinamento si preoccupi, per le aggravanti, di garantire quanto meno un coefficiente colposo. Si muove peraltro su questa strada il progetto di riforma del codice penale ⁽²⁶⁾ che parla di "inapplicabilità delle circostanze aggravanti quando il reo, *per errore non dovuto a colpa*", non poteva rappresentarsele".

3. Il nuovo art. 59/2 c.p. limita l'imputazione delle aggravanti al reo soltanto se conosciute, ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. La norma, in sintesi, richiede che esista *quanto meno* la possibilità di conoscere, purché l'errore o l'ignoranza dipendano da colpa.

Oltre alla presenza di coefficienti fra loro alternativi che dà luogo ad un primo elemento significativo di differenziazione per imputare la circostanza rispetto al delitto (artt. 43, 47, 55, 59/4 c.p.), vanno sottolineate le implicazioni che derivano dall'utilizzazione del termine "conoscenza" ⁽²⁷⁾

Quest'ultimo, contrariamente a "intenzione" e "volontà", descrive un contenuto soggettivo che, se posto in rapporto con gli elementi costitutivi di un delitto, sarebbe compatibile sia col dolo che con la colpa.

La conoscenza, tuttavia, non è *essenziale* né in rapporto al delitto doloso (compatibile anche con una situazione di dubbio, a condizione che vi sia rappresentazione del fatto reato), né a maggior ragione in rapporto al delitto colposo (nel

²⁶ Cfr.: *La riforma*, cit., art. 23, c. 343.

²⁷ Cfr.: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., *Appendice*, p. 2 ss..

quale il può conoscere cos□ come non conoscere la situazione da cui scaturisce l'evento).

Per le aggravanti occorre essenzialmente valutare a quali con dizioni ed in quali ipotesi possa affermarsi che ricorre il coefficiente minimo per aversi imputazione colpevole, e cioè la *conoscibilità* della circostanza, espressione sintetica con la quale ben si possono indicare unitariamente i coefficienti "colposi" indicati dall'art. 59/2 c.p.

Letteralmente inteso il termine "conoscenza" sta ad indicare il dominio psichico di *elementi che esistono nel momento in cui il reo agisce*; è dunque sinonimo di "sapere una certa cosa".

Il grado di questa "conoscenza" non rileva. E' ben noto come un individuo, al di là dei casi di conoscenza diretta, debba fare affidamento anche su fonti meno sicure, quali la parola altrui, la ricostruzione della causa dagli effetti, (l'albero stato divelto dal temporale che non ho visto ma di cui deduco l'esistenza dalle caratteristiche conseguenze), il giudizio di "normalità" in rapporto a certe situazioni (Tizio è al lavoro poiché la sua autovettura è parcheggiata davanti allo stabilimento), ecc.

Per parlarsi di conoscenza vera e propria occorre che il soggetto sia convinto dell'esistenza di una certa situazione (che, ovviamente, corrisponde alla realtà) e tale conoscenza ricorre quando egli ritenga che esiste la situazione descritta dall'aggravante con certezza o con un grado di convinzione vicino alla certezza.

Analogamente la nozione "conoscibilità" sta ad indicare la possibilità di dominio psichico, nonostante la mancata conoscenza da parte del reo, di elementi che esistono nel momento in cui egli agisce; è dunque sinonimo della "possibilità di sapere una certa cosa" sulla base di un giudizio ipotetico che

va ad integrare la nozione di *colpa per le circostanze non conosciute*.

Le situazioni di dubbio rientrano nell'ambito della conoscibilità. Il reo avrebbe avuto la possibilità di venir a conoscenza certa della realtà in base allo stesso giudizio ipotetico.

Si evidenzia al riguardo un significativo problema per l'interprete. Occorre cioè stabilire se il legislatore abbia introdotto le nozioni di conoscenza e conoscibilità oltre che nel loro stretto significato letterale (effettività / possibilità di conoscenza di elementi che integrano il sostrato materiale della circostanza, *esistenti al momento della condotta*) anche in un'accezione che consenta l'imputazione colpevole per gli elementi circostanziali che si presentano come eventi futuri o come caratteristica di eventi futuri i quali, in termini letterali, non sono certo conoscibili ma tuttalpiù rappresentabili o prevedibili. Gli ambiti concettuali del conoscere e del prevedere sono indubbiamente distinti e lo scioglimento del nodo interpretativo ⁽²⁸⁾ è dunque imprescindibile per l'interprete.

Non sfugge che in caso di stretta interpretazione letterale del binomio conoscenza/conoscibilità i suddetti elementi circostanziali che ruotano intorno all'evento ⁽²⁹⁾ resterebbero fuori dalla copertura del nuovo art. 59/2 c.p. e dovrebbero continuare ad essere imputati anche se non prevedibili ⁽³⁰⁾.

²⁸ Cfr.: GALLO, *Colpa penale*, p.628, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 345.

²⁹ L'esame delle circostanze e aventi ad oggetto le conseguenze del reato è approfondito da PROSDOCIMI, *Osservazioni sull'aggravamento o tentato aggravamento delle conseguenze del reato commesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1979, p.535 ss.

³⁰ I progetti di riforma del codice penale (nota 3) si sono sempre allineati alla soluzione del coefficiente conoscitivo, pur limitandola a quello reale della conoscenza. In relazione ai primi di tali progetti, tuttavia, non va

Cerchiamo di valutare quali sono gli argomenti di cui dispone l'interprete per dar soluzione al problema, certamente il più significativo posto dalla legge n. 19/90 in tema di circostanze.

Va innanzitutto rilevato che, mentre l'originario testo dell'art. 59/1 c.p. disponeva l'imputazione obiettiva di circostanze "salvo che la legge disponga altrimenti" (impostando quindi un rapporto regola/eccezione), la nuova disposizione sulle aggravanti enuncia un'univoca scelta del legislatore per l'imputazione colpevole, generalizzata a tutte le aggravanti, introdotta dall'espressione "Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente *soltanto se ...*".

trascurato il rilievo che in essi veniva effettuata un'esplicita scelta per la responsabilità oggettiva per gli eventi aggravatori, confermata dal testo dell'art. 42/3 c.p. che rimaneva sostanzialmente invariato, con la sola eliminazione dell'avverbio "altrimenti". A riprova di tale affermazione si consideri che, sia il progetto del 1956 (cit., p.31 s.) sia quello del 1960 (cit., p. 1018 s.) contengono l'esplicita affermazione che l'imputazione oggettiva di circostanza del codice del 1930 "costituisce per le circostanze aggravanti un'applicazione del principio della responsabilità oggettiva, poiché si tratta di ipotesi in cui la circostanza è posta a carico dell'agente indipendentemente dal dolo o dalla colpa, e viene giustificata con il richiamo al canone secondo il quale colui che versa *in re illicita* risponde di tutte le eventualità e di tutte le conseguenze della sua azione". "Del resto, se il menzionato broccardo può avere eccezionale applicazione per ciò che concerne le maggiori non volute conseguenze del reato, quando si eccede il fine propostosi (come nel caso della preterintenzionalità), esso non può assumersi a criterio direttivo, dovendo l'elemento psicologico aver riguardo sia agli elementi essenziali sia a quelli accidentali del reato". La previsione dell'imputazione dell'evento ai sensi dell'art. 42/3 c.p. come responsabilità oggettiva rimarrà inalterata sino al progetto del 1971 (in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 1971, p. 885). Nel progetto del 1973 (cit., p. 833) comparirà per la prima volta l'espressione "La legge determina gli altri casi nei quali l'evento è posto a carico dell'agente come conseguenza prevedibile della sua azione od omissione".

L'attribuzione all'art. 59 c.p. di un significato di clausola generale per l'imputazione colpevole delle aggravanti, è rafforzata dal carattere costituzionale del principio di colpevolezza desumibile dall'art. 27/1 Cost.: solo un dato letterale inoppugnabile potrebbe portare a ritenere che permane nell'ordinamento una zona, nell'ambito dell'imputazione di circostanza, che si pone in contrasto con un principio costituzionale ⁽³¹⁾.

La semplice contrapposizione lessicale dei termini che costituiscono i binomi conoscenza / conoscibilità e previsione / prevedibilità, sul cui significato l'interprete si giova dell'ampio approfondimento che il tema ha ricevuto in rapporto a contenuto e forme di manifestazione del dolo e della colpa, non consente di fare alcun passo in avanti. Deve però rilevarsi che la distinzione, in materia di aggravanti, avrebbe un ruolo meramente classificatorio. Mentre cioè la contrapposizione fra conoscenza e previsione rappresenta un momento essenziale per individuare gli atteggiamenti soggettivi che vanno ad integrare il dolo e la colpa dei delitti, d'altro canto una distinzione interna delle aggravanti che portasse quelle "conoscibili" ad essere imputabili solo colpevolmente e quelle "prevedibili" ad essere imputabili anche oggettivamente, non parrebbe certo rispondere ad un criterio di ragionevolezza e, in fondo, nemmeno lascerebbe intuire un vero "perché".

Prima però di procedere a verificare la possibilità di un'interpretazione analogica, con tutte le perplessità ed i limiti che suscita tale procedimento ermeneutico, appare opportuno

³¹ Evidentemente il problema non si pone per le circostanze in cui l'elemento previsione è "tipico". Si pensi, per tutte all'aggravante della colpa cosciente prevista dall'art. 61 n. 3 c.p.. la quale, tuttavia, prevede l'auto-nomo coefficiente rappresentativo della "previsione dell'evento".

valutare se non sia proprio la contrapposizione "convenzionale" ricorrente nel diritto penale *fra conoscenza dell'elemento materiale "condotta" e previsione dell'elemento materiale "evento"* (32) a dare al nostro problema dei connotati di non risolvibilità che invece potrebbe non avere, e che ingigantiscono inutilmente la questione (33).

³² Le possibili situazioni soggettive nelle quali il reo potrebbe venirsi a trovare in ordine alla previsione dell'evento o di una sua caratteristica individuati dalla circostanza sono le seguenti: A) può aver previsto tale caratteristica dell'evento ed averla voluta o aver accettato o non accettato che si verificasse; B) può averla prevista e non averla voluta; C) può non averla prevista pur essendo prevedibile (e tale mancata previsione derivare da un errore di percezione e di valutazione di situazioni già esistenti e quindi conoscibili dalle quali è scaturita oppure da elementi inesistenti al momento dell'azione); D) può non averla prevista e derivare da errore nella fase esecutiva del reato; E) può non averla prevista perché non prevedibile. Rientrano nel contesto delle circostanze costruite sui risultati della condotta: a) talune ipotesi nel quadro delle circostanze che a tengono alla gravità (o ad altre connotazioni) del danno cagionato dal reato e, prima fra tutte, quella prevista dall'art. 61 n. 7 c.p.; b) i reati aggravati dall'evento cui sia attribuita natura circostanziale; c) la circostanza aggravante della colpa cosciente prevista dall'art. 61 n. 3 c.p. per la quale appare tutta via evidente la coerenza col principio di colpevolezza. Sulla colpa cosciente si veda: DE FRANCESCO G.A., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988 p.134 s.

³³ Per le circostanze che attengono alla gravità del danno occorre operare una distinzione. Tale gravità integra infatti un dato naturalistico di portata assai ampia e può essere riferita sia all'oggetto materiale della condotta che all'evento. Quando la gravità del danno è in diretta relazione con l'oggetto materiale della condotta (si pensi al furto del quadro di un famoso pittore) può formare oggetto di conoscenza-conoscibilità. Quando invece tale gravità è riferita alle conseguenze della condotta, e cioè all'evento, non può essere conosciuta o conoscibile, ma solo voluta prevista o prevedibile pur con la imprescindibile base conoscitiva che tale procedimento mentale comporta. Si pensi al caso limite di un danno di rilevante gravità causato da un incendio colposo che derivi, come *aberratio delicti*, dall'a-

Si può dunque porre il problema in questi termini: in che cosa consistono i procedimenti mentali che vengono definiti "previsione" o "possibilità di previsione"? Pur con tutte le approssimazioni che richiede la definizione di un atteggiamento psicologico calato in un ambito normativo come il diritto penale, può affermarsi che la previsione consiste in una rappresentazione di conseguenze future del proprio agire, mentre la prevedibilità consiste in un giudizio di prognosi postuma in forza del quale ci si chiede se, allorché il soggetto agiva (in una prospettiva quindi *ex ante*) potesse prevedere che dal suo agire sarebbero derivate certe conseguenze.

Limitandoci alla contrapposizione drastica fra conoscenza / conoscibilità e previsione / prevedibilità corriamo pertanto il rischio di allargare il solco esistente tra gli elementi che distinguono i due binomi concettuali, trascurando invece di approfondire se sia riscontrabile una base "psicologica" che accomuni conoscenza e previsione.

Occorre invece cogliere in forza di quali elementi il soggetto giunga a prevedere un certo risultato della propria condotta e, conseguentemente, in base a quali elementi possa af-

zione del reo che ha sparato a scopo intimidatorio o, più semplicemente, al danno rilevante cagionato da un ordigno a tempo in rapporto a beni che, nel momento in cui il reo ha collocato l'ordigno, non erano stati ancora portati sul posto. Anche per quanto concerne le altre connotazioni del danno da reato, occorre distinguere l'ipotesi in cui tale connotazione si riferisca all'oggetto materiale della condotta, da quella in cui derivi dall'evolversi del rapporto causale. Così, in caso di incendio nel quale si ha di mira un edificio pubblico, il reo sarà in grado di conoscere la circostanza prevista dall'art. 425 n.1 c.p., mentre invece se il reo dà fuoco ad un bene che non ha tale caratteristica ed il fuoco si estende ad un edificio pubblico, ci si può tutt'al più chiedere se il soggetto abbia voluto o previsto tale futuro sviluppo del nesso causale o in base a quali elementi conoscibili lo potesse prevedere.

fermarsi che egli, pur non avendole previste, avrebbe potuto prevedere certe conseguenze del suo agire.

E' fuori dubbio che l'elemento caratterizzante della previsione / prevedibilità è costituito dall'individuazione del comportamento umano come *causa* di un certo risultato esteriore, apprezzabile su un piano esterno.

Resta allora da chiedersi: quando il soggetto prevede o può prevedere che il proprio comportamento causerà un certo risultato?

Indubbiamente la previsione del proprio agire come causa di scende comunque da una base di elementi che il soggetto conosce così come la prevedibilità può derivare solamente da elementi che soggetto conosce ma non ha sufficientemente apprezzato e da elementi che avrebbe potuto conoscere.

Certo l'evento potrà discendere, oltre che dall'azione del soggetto che si innesta sulla base degli elementi conosciuti, anche dall'evoluzione prevedibile di tali elementi. Ma anche tale evoluzione, a sua volta deriverà da elementi che il soggetto conosceva o avrebbe potuto conoscere. Comunque previsione e prevedibilità non possono prescindere, in ogni caso, da una concreta "base psicologica" di elementi conosciuti e conoscibili.

Il risultato interpretativo raggiunto va ora, per così dire, "collaudato" sotto due distinti profili.

In primo luogo ci si deve chiedere se l'indubbia base conoscitiva che sta alla base della previsione dell'agire, in quanto causa di un certo risultato individuato dalla circostanza, sia compatibile con l'espressione usata dal legislatore "circostanze ... soltanto se da lui conosciute ...".

La norma è modulata con termini che non possono pretendere di descrivere, con la conoscenza / conoscibilità, ogni componente valutabile in termini di colpevolezza che inerisce

alla circostanza (34). Va aggiunto che il generico riferimento alle "circostanze che aggravano la pena" e non già agli elementi tipici che ne de scrivono il sostrato materiale (senza dunque distinguere tra con dotta ed evento) non può che definire la portata dei coefficienti descritti dall'art. 59/2 c.p. a tutto ciò che può formare oggetto di conoscenza e quindi anche alla base conoscitiva che sta alla base degli eventi circostanziali.

In secondo luogo occorre chiedersi se tale base conoscitiva sia sufficiente per garantire il rimprovero colpevole per le circostanze che costituiscono un evento o una caratterizzazione dell'evento.

Pur dovendo rimandare alla successiva trattazione l'approfondimento dei contenuti dei coefficienti da ritenersi "adeguati" per imputare coerentemente col principio di colpevolezza le circostanze aggravanti, può tuttavia sin d'ora rilevarsi che l'aver ricondotto nell'ambito della conoscenza / conoscibilità gli elementi (conosciuti o conoscibili) da cui possono scaturire le conseguenze dell'agire (35), ha portato ad individuare un coefficiente assai significativo che ha sicura valenza in termini di rimprovero.

³⁴ La stessa presenza di circostanze a contenuto psicologico "tipico" porta ad escludere tale interpretazione.

³⁵ D'altronde la regola dell'imputazione obiettiva prevista dall'art. 59 c.p. prima della riforma rendeva l'ordinamento in differente sia alla conoscenza di aggravanti esistenti al momento della condotta sia alla previsione di quelle future. L'espressione "non conosciute" usata dall'originaria disposizione era tal mente lata da poter essere considerata, secondo la prevalente dottrina, sinonimo di indifferenza per qualsiasi coefficiente, sia conoscitivo che di volontà e previsione. Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 597.

Può allora affermarsi che l'espressione " *soltanto se conosciute...*" impone l'imputazione colpevole anche delle circostanze che riguardano eventi futuri o caratterizzazioni dell'evento e che esse saranno imputabili al reo soltanto qualora l'evento si sia verificato a causa di quanto egli conosceva o poteva conoscere al momento dell'azione ⁽³⁶⁾.

Nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale si è avvertita la necessità di adeguare la formulazione della norma sull'imputazione delle aggravanti al risultato interpretativo cui aderiamo, utilizzando la formula "Inapplicabilità ... quando il reo ... non poteva *rappresentarsele*". L'innovazione viene introdotta proprio per meglio definire la portata della norma: il riferimento "alla rappresentazione anzi-

³⁶ Alcune interpretazioni che potrebbero essere suggerite dal dato letterale dell'art. 59 c.p. paiono decisamente da scartare. Così l'espressione "soltanto se conosciute ..." non può far ritenere che le circostanze riguardanti eventi futuri debbano addirittura essere considerate espunte dall'ordinamento poiché non possano formare oggetto di conoscenza ma solo di volontà o previsione. Non può infatti affermarsi che tali fattispecie siano prive di un elemento che dovrebbe necessariamente essere presente per applicare al reo le aggravanti, non solo perché tale elemento è ricostruibile in via interpretativa, ma perché l'espressione "sol tanto se ..." è limitativa in relazione a quanto può formare oggetto di imputazione e non rispetto a quanto può essere introdotto nella fattispecie come sostrato materiale della circostanza. L'art. 59 c.p. È dunque in grado di sorreggere un'imputazione colpevole di tutti gli elementi circostanziali che riguardano anche l'evento, sia pur facendo riferimento alla mancata conoscenza conseguente a colpa degli elementi che avrebbero consentito di conoscere la causa di tali eventi circostanziali, come si approfondirà nel successivo capitolo ricostruendo la portata dell'art 42/3 c.p.. Si vedano: ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva tra dogmatica e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p.285 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 390 s.; PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 3 ss.

ché alla conoscenza" è giustificato, dice la Relazione, "dall'esigenza di ricomprendere nella locuzione normativa anche le circostanze costituite da un evento" (37).

4. Va meglio individuata la nozione di colpa introdotta dall'art. 59/2 c.p..

Il codice penale definisce la colpa come coefficiente per i delitti in relazione alla violazione di regole cautelari miranti ad evitare il verificarsi di eventi tipici.

Si tratta di nozione che, fatte salve le ipotesi disciplinate da altre disposizioni, struttura tale coefficiente come "non volontà dell'evento" e pare quindi attribuire indirettamente alla "non conoscenza" il ruolo marginale di distinguere fra colpevolezza o meno della situazione che ha dato causa all'evento stesso.

Analizzando le figure criminose previste dall'ordinamento, la nozione di colpa dettata dall'art. 43 c.p. si mostra tuttavia in sufficiente sotto due distinti profili. Da un lato infatti ricorrono reati colposi di mera condotta e quindi privi di evento in senso naturalistico, dall'altro sono disciplinate ipotesi di c.d. "colpa impropria" nelle quali l'evento è per definizione voluto.

Per quanto concerne i reati colposi di mera condotta si pone il problema di valutare se il codice abbia inteso aderire ad una concezione di evento intesa come offesa all'interesse protetto, posto che la nozione di colpa dettata dall'art. 43 c.p. pare affermare che tale elemento debba ricorrere necessariamente in ogni fattispecie colposa.

Nei reati colposi senza evento naturalistico l'adesione alla concezione giuridica non sarebbe risolutiva anche a prescin-

³⁷ Così: *La riforma*, cit., c. 319.

dere dalle note critiche mosse a tale concezione, e cioè di limitarsi a riconoscere una funzione metodologica al bene giuridico (e quindi di chiamare "evento" la presenza di tutti gli elementi costitutivi del reato riducendo lo scopo della costruzione all'allargamento dell'espressione verbale) e di modulare un dato dogmatico ben definito, qual è l'evento, per far quadrare l'uso del termine contenuto in alcune disposizioni del codice.

La c.d. concezione giuridica non farebbe che appesantire la costruzione concernente l'individuazione dei requisiti della colpa, senza apprezzabili vantaggi su un piano interpretativo. Si dovrebbe infatti ricostruire la componente positiva della colpa, e cioè la violazione di norme cautelari dovuta a negligenza, imprudenza o imperizia in relazione all'evento - "offesa al bene" tenendo tuttavia presente che tale offesa non consiste in un risultato della condotta, ma in un'astrazione normativa che è sintesi della mancata conoscenza di uno o più elementi antecedenti o concomitanti alla condotta stessa. Così, ad esempio, nella contravvenzione di incauto acquisto (art. 712 c.p.) il non accertare *per colpa* "la legittima provenienza di cose che ... si abbia motivo di sospettare che provengano da reato" (art. 712 c.p.) individua un atteggiamento negligente che rimanda non già all'aver causato un certo risultato, ma al non essersi il reo attivato per conoscere una certa situazione. L'aver ricevuto omettendo il dovuto accertamento integra il momento dell'offesa, ma la colpa potrà essere accertata solo uscendo da tale valutazione normativa e prendendo in considerazione l'omissione di un'attività che avrebbe potuto far conoscere.

Le ipotesi di colpa impropria (artt. 47, 55 e 59/4 c.p.) completano il quadro di una nozione di colpa come simmetrico negativo del dolo. In queste ipotesi la mancata conoscen-

za dovuta a colpa di uno o più elementi costitutivi del fatto tipico e il superamento dei limiti dell'antigiuridicità o la mancata rappresentazione della stessa dovuti a colpa impongono di costruire una nozione di colpa che prescinde, come nell'ipotesi principale descritta dall'art. 43 c.p., dalla causazione dell'evento, ma che si incentra nell'omissione di un'attività attraverso la quale il reo avrebbe potuto rappresentarsi la situazione.

La colpa per non aver conosciuto la circostanza aggravante o per averla per errore ritenuta inesistente si inserisce dunque nel quadro della colpa *per mancata conoscenza di un elemento che era doveroso conoscere* ⁽³⁸⁾ e su tale caratteristica è costruito il coefficiente anche nel progetto di legge delega e nel disegno di legge n. 2038 dove si consolida la figura dell'errore determinato da colpa ⁽³⁹⁾.

Generalmente la ricostruzione della colpa viene effettuata in relazione alla *prevedibilità dell'evento* in quanto ipotesi prevalente nello studio del reato. Questa ricostruzione che fa perno sulle conseguenze dell'agire viene poi, per così dire, "adattata" alle ipotesi di colpa per mancata rappresentazione di altri momenti della fattispecie tipica. Questo modo di procedere non può essere riproposto per le circostanze, in quanto sarebbe metodologicamente errato incentrare l'individuazione della colpa in termini di prevedibilità evitabilità di un risultato quando la norma ha disciplinato la colpa per le aggravanti in relazione a *situazioni esistenti al momento della condotta e conoscibili*. È dunque obbligata la conclusione che

³⁸ Cfr.: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 419 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 342.

³⁹ Effettua la puntuale ricostruzione del tema dell'errore in rapporto alle circostanze: MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione*, cit., p. 131 ss.

colpa per la verifica dell'evento e componente soggettiva potenziale di imputazione di circostanza siano coefficienti di colpevolezza da ricostruire autonomamente l'uno rispetto all'altro.

Riassuntivamente può dunque affermarsi che il problema complessivo della colpevolezza nelle circostanze attiene alla possibilità di dominare psichicamente, nel momento dell'ideazione e della realizzazione della condotta, la valenza aggravatrice del sostrato materiale che integra la circostanza aggravante. Tale valenza è strettamente connessa al contenuto della circostanza consiste nella conoscenza o conoscibilità di un sostrato materiale antecedente o concomitante al fatto di reato descritto dalla circostanza, o nella conoscenza/conoscibilità di elementi da cui può causalmente scaturire un risultato della condotta.

Imputare quanto si colloca al di sotto di tale possibilità di dominio psichico violerebbe il principio garantista della colpevolezza. Quello che invece si colloca all'interno di tale possibilità è dominabile e consente pertanto l'addebito.

I coefficienti di imputazione delle circostanze che rispettino la regola della necessaria colpevolezza per gli elementi maggiormente significativi della fattispecie - e su tale significatività si dovrà ritornare - secondo l'indicazione della Corte costituzionale contenuta nella sentenza. n. 364 del 1988, dovranno dunque essere come minimo di carattere potenziale e la loro funzione nell'ordinamento appare assai diversa rispetto a quella assegnata al reato colposo: non già ampliare la tutela di certi beni estendendola alle offese non volute sino al limite segnato dalla prevedibilità ed evitabilità ma, più modestamente, segnare il limite soggettivo oltre il quale gli aggravamenti di pena dovuti alle circostanze si estenderebbero, in

violazione dell'art. 27/1 Cost. a quanto il reo non avrebbe potuto rappresentarsi.

Il legislatore del 1990 ha effettuato la scelta di chiamare convenzionalmente "colpa" il coefficiente minimo di imputazione delle aggravanti non conosciute, anche se, ovviamente, tale scelta terminologica non elide l'autonomia di tale "elemento" che, anche in considerazione della rubrica e del contenuto della disposizione, dovrà essere individuato come *colpa per le aggravanti non conosciute* ⁽⁴⁰⁾, o meglio ancora, come nel citato progetto di riforma, *mancata rappresentazione per errore determinato da colpa*.

L'individuazione dell'oggetto di tale conoscibilità e la sua idoneità a rappresentare un coefficiente idoneo a garantire la colpevolezza per l'intero sistema delle aggravanti presuppone l'esame strutturale e contenutistico delle specifiche figure che verrà effettuato, mediante la formazione di raggruppamenti significativi, nei capitoli successivi. Tale esame consentirà anche una verifica della complessiva coerenza dei momenti soggettivi previsti dalla legge e dal progetto riforma complessiva del codice penale.

⁴⁰ Analogo problema di autonomia di coefficiente di imputazione rispetto a quello degli elementi costitutivi si pone per l'ignoranza inevitabile della legge penale, si vedano: PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 180 s.; FIAN-DACA - MUSCO, *Diritto penale*, seconda ed., Bologna, 1990, p. 243; JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto tedesco e italiano*, in *Indice pen.*, 1988, p. 185 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.1313 ss.; VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, p. 3 ss.

5. In sede di adeguamento alla colpevolezza dell'imputazione di circostanza il legislatore del 1990 ha tenuto ferma per le attenuanti la regola della rilevanza obiettiva.

E' unanime la convinzione ⁽⁴¹⁾ che gli elementi della fattispecie che determinano un effetto migliorativo sulle conseguenze che il reo subir à non presentino, sul piano del rimprovero soggetti vo, esigenze che si esprimono *in termini di colpevolezza* per l'an della responsabilità in relazione all'elemento ulteriore che si aggiunge alla fattispecie semplice. Non si pone infatti l'esigenza di una garanzia di rimprovero per non aver riconosciuto ed evitato il concretizzarsi di una situazione che si aggiunge a quella del reato semplice ma, al contrario, si realizza un alleggerimento delle conseguenze sanzionatorie in presenza di un elemento che rende meno intensa la gravità del reato.

Vi sono circostanze attenuanti che presentano l'esigenza di esprimersi attraverso componenti soggettive che sole sono in grado di manifestarne il *contenuto significativo*. Non è tuttavia in gioco in questo caso un coefficiente di colpevolezza per imputare una conseguenza, ma una componente soggettiva che, in sé o aggiunta ad uno specifico sostrato materiale, attenua il disvalore dell'azione tipica o rappresenta un elemento ulteriore che riduce il disvalore di tale azione. Si pensi all'attenuante del recesso attivo, prevista dall'art 56/4 c.p., in cui non è sufficiente che il reo impedisca l'evento, ma occorre che raggiunga volontaria mente tale risultato; o all'at-

⁴¹ Si vedano sul punto: GROSSO, *Responsabilità oggettiva*, voce in *Nss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 714; IDEM, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Giudizio di colpevolezza*, cit., p. 279 s.; PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., p. 710 s.; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p.89 s.

tenuante rappresentata dal costituirsi in carcere (che comporta volontarietà) prima della condanna nel reato di evasione (Art. 385/4 c.p.).

L'attribuzione obiettiva delle attenuanti diviene esplicazione della regola in base alla quale l'erronea convinzione che un fatto costituisca reato è assolutamente irrilevante per il diritto penale (art. 49/1 c.p.). Tale regola, così come si estende alle aggravanti erroneamente supposte, in quanto le stesse consistono nella rappresentazione di una situazione di maggior disvalore che in realtà non esiste, per ragioni di simmetria deve essere applicata alle attenuanti non conosciute. L'attenuante in fatti rappresenta, già sul piano dell'esistenza degli elementi che la fattispecie descrive, una situazione di minor gravità ricollegata in astratto dall'ordinamento all'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie.

La regola dell'applicazione obiettiva delle attenuanti deve tuttavia essere meglio definita in relazione alle componenti soggettive di queste ultime. Cosa significa applicare obiettivamente una componente soggettiva ?

È evidente che il giudice deve verificare esclusivamente se il soggetto avesse l'atteggiamento soggettivo descritto dalla norma, senza estendere la propria valutazione all'effettiva esistenza degli elementi di fatto che il soggetto stesso presuppone avendo quell'atteggiamento soggettivo.

Così, per valutare la ricorrenza dell'attenuante dei *motivi* di particolare valore morale o sociale, il giudice deve considerare unicamente il percorso motivazionale del soggetto, senza chiedersi se tali motivi fossero "fondati" e cioè traessero origine da un'effettiva situazione di fatto che li legittimasse. Ritenere che debba esistere veramente il fatto di particolare valore morale o sociale sul quale si innesta il motivo che ha

spinto il reo all'azione è dunque doppiamente errato ⁽⁴²⁾. In primo luogo di particolare valore morale o sociale debbono essere i motivi e non il fatto che ne ha determinato l'insorgere, in secondo luogo la qualificazione "valore morale o sociale" rappresenta un indice di valutazione basato sull'individuazione "attualizzata" di valori transeunti, che si aggiunge al motivo concreto che ha indotto l'agente a commettere il reato. È su tale motivo che la norma richiede al giudice una valutazione in termini morali e sociali, senza prendere in considerazione il fatto che determinò l'insorgere del motivo.

La ricostruzione delle componenti soggettive delle circostanze attenuanti deve dunque essere condotta evitando che la regola dell'imputazione crei un'ingiustificata interferenza fino a portare a materializzarne il contenuto psicologico ⁽⁴³⁾.

⁴² Cfr.: CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1202 ss.; BATTAGLINI *Osservazioni sulla provocazione putativa nel delitto di ingiuria*, in *Giust. pen.*, 1946, II, c. 23 ss.; DONINI, *L'errore sulle circostanze aggravanti e attenuanti*, in *Giur. sistematica dir. pen., Parte gen.*, a cura di Bricola e Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1984, p. 431 s.

⁴³ A tale "materializzazione" della componente soggettiva delle circostanze non è estraneo il taglio metodologico secondo il quale il diritto penale vivrebbe in una sorta di contrapposizione tra oggettività da un lato e tutte le forme di soggettività dall'altro. Tale contrapposizione induceva un vero e proprio sillogismo errato (le attenuanti si applicano obiettivamente e quindi non si applicano se quanto il reo ritiene esistere in realtà non esiste). Ricostruisce approfonditamente tali posizioni. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 1993, p. 113 ss. È dunque evidente che solo assegnando alla colpevolezza la funzione selettiva delle forme di soggettività significative in termini di rimprovero si possono considerare esistenti, anche se non materializzate, le attenuanti a contenuto soggettivo poiché in esse tale contenuto non attiene al rimprovero di quanto il reo ha realizzato ma al peso che assume "in sé", nella quantificazione della pena, un certo atteggiamento soggettivo del reo.

6. La riforma del 1990 dà soluzione al problema dell'imputazione delle attenuanti limitandosi a stabilirne il rilievo obiettivo, diversamente da alcuni progetti precedenti ⁽⁴⁴⁾ nei quali si prevedeva anche la regola della rilevanza delle attenuanti erronea mente supposte. Lo schema di delega legislativa per la riforma del codice penale ed il disegno di legge n. 2038, invece, rilanciano nuovamente il tema della rilevanza putativa delle attenuanti, sia pure su basi completamente nuove ⁽⁴⁵⁾. Occorre dunque, sia pur brevemente, esaminare i termini della questione.

Le attenuanti individuano ipotesi alla cui effettiva ricorrenza diviene meno grave il disvalore rappresentato dal reato, e quindi, conseguentemente, si diminuisce la pena. Può trattarsi o di un minor disvalore oggettivo o di un minor disvalo-

⁴⁴ Il progetto di riforma del 1949 (cit., p. 138) introduce per la prima volta la rilevanza putativa dell'attenuante. Lo strumento di tecnica legislativa utilizzato consiste nell'equiparare sul punto la disciplina delle attenuanti e delle cause di giustificazione, salva ovviamente per queste ultime l'ipotesi dell'errore determinato da colpa (art. 39). Nei successivi progetti si ritorna alla sola imputazione oggettiva (progetto 1956, cit., p.12) affermando che "a prescindere dal fatto che un simile criterio rappresenterebbe una inopportuna applicazione del *favor rei*, a parte poi la facilità con cui esse, in pratica, verrebbero invocate è da ritenere per fermo che molte circostanze attenuanti, di indole eminentemente oggettiva - come ad esempio quella della particolare tenuità del danno - diverrebbero soggettive, in quanto sarebbero rimesse alla valutazione personale del colpevole". L'applicazione putativa fu reintrodotta nel progetto del 1971 (cit. p. 886) e confermata in quello del 1973 (cit. p. 834).

⁴⁵ Cfr.: *La riforma*, cit., c. 319; *Disegno di legge*, cit., p. 984.

re soggettivo ⁽⁴⁶⁾. Riteniamo necessario procedere alla ricostruzione del tema operando tale distinzione.

Trattandosi di un minor disvalore oggettivo ci si deve chiedere se il principio di colpevolezza comporti che si faccia luogo alla diminuzione di pena, non solo quando l'attenuante esista ed il reo non lo sappia, ma anche quando il reo, soggettivamente, si configuri l'esistenza di tale attenuante che in realtà non esiste.

Appare di tutta evidenza che la soluzione non può essere costruita sulla mera posizione soggettiva del reo, senza un giudizio, espresso in termini normativi, su cosa ci si doveva aspettare da lui. Così se si applicasse putativamente l'attenuante dell'essersi il reo adoperato spontaneamente ed *efficacemente* per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato si determinerebbe una lettura in molti casi abrogatrice del termine *efficacemente*, in quanto sarebbe comunque sufficiente la convinzione di tenere un comportamento efficace, riducendo il significato che l'attenuante assume nel sistema, laddove ripartisce il minor disvalore individuando quello soggettivo nella volontarietà e quello oggettivo nell'efficacia. In questo caso, così come la norma non richiede che il soggetto si rappresenti l'efficacia del suo comportamento (e concede l'attenuante anche quando il reo si adoperi volontariamente per un'elisione che egli, contrariamente al vero, ritiene ormai inutile), allo stesso modo non può accontentarsi in ogni caso dell'erronea supposizione di un'efficacia quando la situazione è ormai irrimediabile. Mentre può affermarsi che sarebbe insoddisfacente appellarsi al puro e semplice giudizio di efficacia operato dal reo, ci si po-

⁴⁶ Per l'approfondimento del rapporto fra disvalore e contenuto delle circostanze, si veda il terzo capitolo.

trà chiedere, invece, se sia coerente col principio di colpevolezza nega re l'attenuante quando il soggetto abbia agito volontariamente ed il comportamento sarebbe stato efficace se non si fosse inserito nel percorso causale un elemento imprevedibile o inevitabile che ha impedito l'efficacia. In conclusione: lo stesso significato specialpreventivo (in relazione allo specifico reato in cui il reo agisce per elidere le conseguenze) e generalpreventivo (in ordine alla possibilità di mettere in conto tale comportamento già prima il delitto per lucrare l'attenuante) verrebbe notevolmente sminuito se si rendesse arbitro il reo di decidere quando si è "fatto abbastanza", se l'applicazione della circostanza non fosse subordinata all'effettivo risultato dell'efficacia. Nello stesso tempo, tuttavia, l'intervento di fattori imprevedibili o inevitabili rende problematico, sul piano della colpevolezza, il diniego dell'attenuante.

E' diversa la situazione nel caso delle circostanze che esprimono un minor disvalore soggettivo. Potrebbe infatti apparire significativo accordare in tali casi la diminuzione di pena quando tale minor disvalore è già integrato dal puro dato soggettivo. Così deve ritenersi che la circostanza attenuante della provocazione prevista dall'art. 62 n.2 c.p., se potesse essere applicata putativamente, consentirebbe ragionevolmente di dar rilievo ad un disvalore soggettivo che non cambia nel caso in cui il reo ritenga per errore, anche colposo, di aver subito un fatto ingiusto altrui, rispetto al caso in cui tale fatto ingiusto esista realmente.

La scelta prudente compiuta dal legislatore del 1990, di non intervenire sull'applicazione putativa delle attenuanti senza un simultaneo intervento sulle singole figura circostanziali appare ragionevole.

Certo la soluzione che a nostro avviso meglio coglierebbe le esigenze dell'istituto, e cioè la selezione delle figure il cui significato attenuante è strettamente legato ad un effettivo minor disvalore oggettivo rispetto a quelle in cui il minor disvalore soggettivo è già espresso dall'erronea supposizione, ancorché colposa, risulterebbe di difficoltosa formulazione in una regola generale, proprio perché, l'individuazione del disvalore appartiene alla valutazione sostanziale del contenuto.

Anche per le attenuanti si profila dunque la necessità di una riscrittura complessiva delle norme di parte generale e delle singole fattispecie, per giungere ad una riforma che dia, caso per caso, una ragionevole apertura al putativo nel quadro della colpevolezza. Nel caso dell'applicazione putativa delle attenuanti è in gioco la stessa coerenza del significato attenuante delle singole figure che andrebbe valutata dal legislatore, oltre che con una regola generale, anche in relazione alle singole circostanze, evitando di prevedere in tutte le ipotesi una generalizzata applicazione putativa. La tecnica legislativa potrebbe seguire a nostro avviso, in alcuni casi problematici, il criterio di rendere tipico anziché un determinato sostrato materiale, il convincimento del reo circa la sua esistenza. Ad esempio, l'attenuante prevista dall'art. 62 n.2 c.p. potrebbe avere come elemento tipico anziché "l'aver reagito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui", "l'aver reagito in stato d'ira determinato dall'aver ritenuto ingiusto l'altrui comportamento" (47).

⁴⁷ Seguono una strada completamente nuova lo schema di delega (in *Documenti giustizia*, cit., p. 347) e il disegno di legge n. 2038 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., p. 985) i quali hanno introdotto una nuova attenuante costituita da "aver commesso il reato in presenza di uno stato emotivo particolarmente intenso che, in quanto proporzionato alla situazione che l'ha determinato, sia indice di una minore rimproverabilità". Tale attenuante,

Fra la soluzione adottata dal legislatore del 1990 di non riconoscere la putatività delle attenuanti che pecca per difetto, e quella di ammetterla in tutti i casi, come nei progetti precedenti, che avrebbe peccato per eccesso, si sono inseriti lo schema di delega legislativa per la riforma del codice penale ed il di segno di legge n. 2038 che hanno optato per l'applicabilità delle circostanze attenuanti supposte per errore purché non dovuto a colpa che diviene, come precisa il testo ultimo citato, scusabile.

La soluzione fatta propria dalle ultime proposte di riforma appare tutta costruita sui rapporti fra colpevolezza e supposizione. Il rimprovero in termini di colpevolezza deve fermarsi al "reale" quando l'"immaginario" è più grave. L'"immaginario" meno grave scambiato senza colpa per il "reale" deve far sentire il proprio effetto sulla pena in caso di circostanze attenuanti.

E' indubbio che, così posto il problema, il sistema riuscirebbe ad acquistare quella simmetria fra attenuanti ed aggravanti, nel trattamento della divergenza fra voluto e realizzato, che ora manca anche se, a nostro avviso, solo una ponderata "cucitura" fra il contenuto delle singole attenuanti e l'ambito operativo della regola della putatività può dare piena coerenza al sistema ⁽⁴⁸⁾. Così il problema dell'applicazione putativa dell'attenuante dell'elisione delle conseguenze del

infatti, avrebbe come elemento centrale lo stato emotivo e non l'elemento che l'ha scatenato.

⁴⁸ Così posto il problema dell'applicazione putativa dell'attenuante dell'elisione delle conseguenze del reato (descritto all'inizio del presente paragrafo), che il progetto prevede all'art. 62 lett. g), presenterebbe un' incongruenza se non si conferisse valore soltanto oggettivo all'espressione "efficacemente".

reato (descritto all'inizio del presente paragrafo), che il progetto prevede all'art. 62 lett. g), presenterebbe un' incongruenza se non si conferisse valore soltanto oggettivo all'espressione "efficacemente".

CAPITOLO SECONDO

I PROBLEMATICI RAPPORTI FRA L'IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELLE AGGRAVANTI ED IL LORO CONTENUTO

SOMMARIO: 1. *Coefficienti di imputazione e contenuto aggravatore.* 2. *La possibile sfasatura fra conoscenza-conoscibilità e contenuto aggravatore.* 3. *Coefficienti conoscitivi e delitti aggravati dall'evento.* 4. *Coefficienti conoscitivi ed aggravanti indefinite.*

1. Il tema dell'imputazione di circostanza, prima della legge n. 19/90, veniva ricondotto fra le ipotesi di responsabilità oggettiva per le quali si segnalava l'esigenza di adeguamento al principio di colpevolezza.

La possibilità di conoscere il sostrato materiale della circostanza costituisce il coefficiente minimo di imputazione delle aggravanti; gli aumenti di pena possono aver luogo anche in caso di mancata conoscenza, ma a condizione che l'ignoranza o l'errore possano essere evitati.

Il legislatore del 1990 ha definito dunque una nuova forma di colpevolezza specifica per le aggravanti, diversa da quella prevista per gli elementi costitutivi, ed incentrata sulla conoscenza effettiva o su quella potenziale di carattere colposo.

L'ordinamento, vietando di accollare al reo le aggravanti, eleva il livello dell'imputazione colpevole a quello richiesto per gli elementi caratterizzati da particolare significatività ⁽¹⁾. Oc-

¹ Si individua dunque un grave inconveniente nel cercare di portare in blocco le circostanze in un contesto che realizzi un rapporto con i coefficienti della colpevolezza. Le attuali circostanze, infatti, sono nate come

corre pertanto verificare quale sia in senso da attribuire all'espressione "significatività" cui la Corte Costituzionale ha ricollegato l'esigenza di un coefficiente di colpevolezza in rapporto alle aggravanti di cui ci stiamo occupando.

Il termine "significatività" è funzionale ad un fine che si vuol raggiungere. La garanzia costituzionale della responsabilità personale deve essere solcata da un limite che non imponga al giudice di occuparsi *de minimis* in termini di colpevolezza con lo stesso grado e con la stessa intensità che richiedono gli elementi più importanti della fattispecie.

Dal punto di vista contenutistico il termine "significatività" assume significato solo in un rapporto con qualcos'altro. Un elemento non costitutivo del reato può essere significativo sotto tre distinti profili: rispetto all'offesa al bene, rispetto alla riprovevolezza soggettiva o rispetto alle conseguenze che determina sulla pena.

Siamo dunque in presenza di una valutazione sostanziale, che richiede di concretizzarsi in istituti che formalizzino in maniera determinata i contorni della "significatività".

Le modalità attraverso le quali un'aggravante va costruita come figura significativa non possono tuttavia far riferimento solo all'offesa o solo alla riprovevolezza soggettiva o solo alle conseguenze sanzionatorie. Le conseguenze di maggiore afflittività, infatti, possono essere significative solo se si aggiunge un *quid pluris*, parimenti significativo, che esprima o

elementi di valutazione del fatto di reato senza "rilevanza sintomatica in riferimento alla colpevolezza o alla pericolosità" "e se ad alcune figure di circostanze anche la giurisprudenza tende ad attribuire un tale valore di sintomo, ciò dipende proprio dalla correlazione che può instaurarsi tra situazione significativa e personalità delinquenziale ma che non costituisce criterio d'imputazione e resta estranea alla ragion d'essere delle circostanze". Così: STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 66.

un maggior disvalore oggettivo (o di offesa) o un maggior disvalore soggettivo. La significatività quanto alle conseguenze non potrà dunque mai essere una variabile indipendente che prescinde da una significatività di disvalore.

Solo così si potrà coerentemente affermare che lo stesso modificarsi delle conseguenze sanzionatorie deve tendere a graduarsi in astratto ed in concreto al limite della colpevolezza segnato dalla fattispecie tipica e dallo specifico fatto commesso.

Se limitassimo il giudizio di significatività espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988 ⁽²⁾, ai soli effetti che le aggravanti producono sulla pena, lasceremmo il legislatore arbitro di far ricorso anche ad eccessi sanzionatori, purché il relativo elemento, per nulla significativo, fosse sorretto da un coefficiente soggettivo. In tal modo si darebbe però spazio ad un'evidente violazione del principio di ragionevolezza.

La significatività "quanto alle conseguenze" per essere in armonia col principio di colpevolezza, non può andare disgiunta da una significatività quanto all' offesa o quanto al disvalore soggettivo. Il filtro della ragionevolezza deve dunque mantenere in costante equilibrio l'offesa al bene le conseguenze sanzionatorie e la colpevolezza, anche in ambito circostanziale.

Oggi però la significatività *quanto alla pena*, nell'ottica di una riforma che non ha toccato né l'impianto di variazione astratta dei quadri edittali né quello della variazione in concreto della pena propri del reato circostanziato, appare stret-

² Cfr.: PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., p. 149 ss.; PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.699 ss.

tamente connessa agli attuali effetti prodotti dalle circostanze e sotto tale profilo non sempre si realizza equilibrio fra le suddette esigenze.

Un sistema di circostanze non può risolvere la propria coerenza col principio di colpevolezza intervenendo soltanto sui criteri di imputazione.

Il legislatore, non avendo posto in essere una complessiva riforma con un nuovo sistema di circostanze coerente col principio suddetto, ha ritenuto opportuno operare un "taglio netto" presupponendo una generalizzata significatività delle aggravanti, rimandando forse ad una successiva organica revisione una più attenta e calibrata individuazione di quelle realmente significative.

Si deve tuttavia riconoscere che, nell'attuale sistema, anche la più modesta delle aggravanti ha un peso effettivamente significativo, non solo per gli effetti suoi propri, ma per la possibilità riconosciuta ad ogni circostanza di "paralizzare" senza limiti quelle di segno opposto nell'ambito del giudizio di valenza. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità di dichiarare soccombenti nel giudizio di valenza ⁽³⁾ anche più

³ Cfr. sulle modifiche apportate dal D.L. n.99/74 al giudizio di valenza: ASSUMMA, *Osservazioni sul giudizio di prevalenza ed equivalenza nella nuova formulazione*, in *Giur. Merito*, 1975, IV, p. 46 ss.; BOScareLLI, *La disciplina del concorso di circostanze nel quadro dei "vizi tecnici" del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1977, p.1256 ss.; CONTENTO *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1974, p. 655 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p.193 ss.; DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 261 ss., in particolare p. 300 ss.; PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 212; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 24 s.; VASSALLI, *Concorso fra circostanze eterogenee*, cit., p. 7 ss. In particolare il Dolcini evidenzia come il concorso eterogeneo sia caratterizzato dalla "massima espansione" e dall'assenza di "qualsiasi direttiva".

attenuanti per la presenza di una sola aggravante. Si evidenzia allora il più incisivo dei profili che ha reso problematica l'anticipazione di parte di una riforma che avrebbe dovuto essere globale, ma di cui si è portato avanti lo stralcio, paventando forse il timore di un intervento demolitore della Corte costituzionale. Nella sostanza taluni elementi non particolarmente significativi che non si è potuto far "degradare" a indici di quantificazione della pena perché "congelati" nel sistema delle circostanze, ed altri elementi nei quali la colpevolezza non passa attraverso l'individuazione di coefficienti, ma attraverso altre tecniche, permangono in un sistema di circostanze conosciute o conoscibili risolvendosi in momenti di incoerenza all'interno del sistema.

Una definitiva sistemazione della colpevolezza nelle circostanze dovrebbe in futuro farsi carico di una preliminare e, si potrebbe aggiungere, drastica opera di selezione nel novero delle attuali circostanze, per individuare quelle maggiormente significative rispetto all'offesa o ai disvalori soggettivi, al fine di assegnare alle figure che non sono tali ⁽⁴⁾ un peso nell'ordinamento di gran lunga inferiore rispetto a quello che è ora loro attribuito.

⁴ La finalità da perseguire con la revisione degli elementi circostanziali per farli coincidere con quelli significativi va dunque individuata nella necessità di realizzare un istituto che sia in grado di aderire all'aspetto funzionale del principio di colpevolezza. Un sistema che mira ad individuare il limite della coercizione possibile ed a garantire dal suo superamento attraverso la punizione di fatti incolpevoli, deve pur sempre fare i conti con un fatto significativo, cui corrisponda un conseguenza altrettanto significativa. Se il fatto non è significativo, le conseguenze non dovrebbero essere tali da rientrare nel quadro delle circostanze cui la legge attribuisce un peso non trascurabile nel sistema. Sull'aspetto funzionale del principio di colpevolezza si veda: PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in Jus 1974, p.511.

La nuova disciplina, nell'aprire alla colpevolezza, pare dunque aver subito la "costrizione dogmatica" ⁽⁵⁾ dell'attuale ambito delle circostanze, trascurando il rilievo che figure non particolarmente significative quanto all'offesa rappresentano "in sé" un'eccessiva valorizzazione del sostrato materiale cui poco si addice la garanzia rappresentata da un coefficiente di colpevolezza.

Il degradare, *de iure condendo*, di alcuni elementi da circostanza tipica a momenti di quantificazione della pena non dovrebbe comunque comportare alcuna violazione del principio di colpevolezza in un ordinamento in cui, dopo la sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, appare ragionevole che persino le *variazioni significative della pena* in sede di quantificazione debbano essere sorrette da coefficienti soggettivi in grado di escludere la rilevanza di quanto non era dominabile dal soggetto ⁽⁶⁾.

Nel senso delineato si muovono lo Schema di delega per la riforma del codice penale ed il disegno di legge n. 2038 (art. 112 ⁽⁷⁾) i quali, dopo aver posto la regola che la pena sia applicata nei limiti legali, attraverso una commisurazione discrezionale, secondo fattori di gravità oggettiva e soggettiva e tenendo conto del disvalore complessivo del fatto, affermano che i fattori oggettivi di aggravamento dovranno operare solo

⁵ Cfr.: PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.699 s.

⁶ L'imputazione colpevole dell'elemento particolarmente significativo va ovviamente tenuta distinta dall'altro profilo funzionale della colpevolezza che consiste nel far sì che la quantificazione non superi mai il limite segnato dalla colpevolezza per il fatto nel suo complesso. Si veda: DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 257 ss.

⁷ Cfr.: *La riforma*, cit., art. 39, c. 349; *Disegno di legge*, cit., p. 992.

in quanto riflessi nella colpevolezza. Nel disegno di legge vengono individuati come fattori oggettivi: la gravità del danno cagionato coscientemente alla persona offesa dal reato, i motivi che hanno spinto l'agente a commettere il fatto e la condotta contemporanea o susseguente al reato coscientemente tenuta dall'agente.

E' dunque evidente la differente tecnica legislativa che viene delineandosi nel sistema per aprire alla colpevolezza nei due distinti settori delle circostanze aggravanti e dei parametri di quantificazione della pena. Le circostanze, quali elementi delineati con la tecnica della descrizione tipica, sono imputabili in quanto il loro sostrato materiale, predeterminato dal legislatore sia riconoscibile dal reo. I parametri di quantificazione, quando sono selezionati dal giudice fra quelli consentiti dalla legge, devono essere individuati, con giudizio *ex post*, fra quelli che il reo poteva riconoscere. La colpevolezza nel caso delle circostanze è condizione per imputare elementi prefissati mentre, nel caso dei parametri di quantificazione, segna il limite di quanto il giudice può prendere in considerazione.

Significativamente il disegno di legge n. 2038 (art. 61/2)⁽⁸⁾ introdurrebbe nella disciplina delle circostanze l'affermazione secondo la quale "le circostanze oggettive di aggravamento della responsabilità penale possono operare solo se riflesse nella volontà colpevole dell'agente". Si darebbe in questo modo soluzione al problema della colpevolezza nelle circostanze che individuano un "fatto" o un "danno" grave, imponendo al giudice di applicare l'aggravante solo se l'elemento giudicato tale rientra nella copertura del dolo del reato.

⁸ Cfr.: *Disegno di legge*, cit., p. 985.

Il rango costituzionale dei principi di materialità, soggettività e colpevolezza impone di porre a fondamento di variazioni significative di pena solo elementi altrettanto significativi quanto all'offesa o al disvalore soggettivo e nello stesso tempo conoscibili ed evitabili dal soggetto.

Va allora evidenziata una preoccupazione in relazione all'attuale sistema. Richiedere sempre un autentico coefficiente di colpevolezza anche per elementi circostanziali che, in termini sostanziali, non sono particolarmente significativi in senso aggravatore porterebbe inevitabilmente, sul piano applicativo, ad un ripiegamento su inconsistenti formule di stile o su presunzioni di esistenza del coefficiente *in re ipsa* ⁽⁹⁾.

Di tale preoccupazione dovrà tenersi conto in sede di riforma della c.d. "parte speciale" del codice ⁽¹⁰⁾.

⁹ Si vedano: MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p.462; FLORA, *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva occulta nella prassi giurisprudenziale*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 543 s.

¹⁰ Per molti degli attuali "fatti gravi" viene però spontaneo chiedersi se circostanze come quelle attinenti la gravità del mero "fatto", con lo sforzo continuo che impongono alla ricerca di punti di riferimento per essere concretizzate, non trovino il loro fondamento, nel sistema attuale, più come "valvola" per compensare la rigidità degli effetti sanzionatori, in eccesso o in difetto che non in una significatività tale da giustificarne la natura circostanziale. La dottrina non ha mancato di evidenziare come talune riforme susseguitesi in materia di circostanze rendano sempre più difficile lo sforzo di dare sistemazione coerente ai vari aspetti regolati normativamente. Si vedano: CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2296 ss.; D'ASCOLA, *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale, dopo la riforma del '74*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 986 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 227 s.; ID, *Le circostanze del reato al bivio fra reintegrazione e disintegrazione sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p.49 s.; FLORA, *Commento*

La riconoscibilità del fatto, per rappresentare la garanzia *praticabile* di un rimprovero nei confronti del soggetto che allontani dalla responsabilità penale quanto non è dominabile, non può estendersi a qualsiasi elemento ⁽¹¹⁾, anche al di sotto della soglia in cui ragionevolmente il fatto tipizzato può essere considerato significativo.

L'opposta soluzione che pretendesse di accollare in base a coefficienti soggettivi l'intero sostrato materiale anche in relazione ad elementi che si collocano al di sotto della soglia della

all'art. 5 della legge n.400/1984, in Leg. pen., 984, p. 387; PALAZZO, La recente legislazione penale, Padova, 1985, p. 253 s.; PADOVANI, Circostanze del reato, cit., p.212 s.

¹¹ Per quanto concerne l'evoluzione della dottrina italiana con riguardo al progressivo recepimento del principio di colpevolezza, si vedano: PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p.412 s. e IDEM, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 1972. L'A. in un primo tempo distingue tra elementi che rappresentano la ragione prima della incriminazione e quelli che, invece, attengono all'atteggiarsi dell'illecito penale. "Solo nei confronti dei primi si può porre il problema di un particolare collegamento con il soggetto dell'illecito: gli altri elementi, cioè la maggior parte delle circostanze del reato e quelle condizioni obiettive che attengono alla opportunità di far luogo alla punizione, vi rimangono estranei" (ivi, p.319). Successivamente l' A., ricollegando gli aumenti di pena per le circostanze a maggior riprovevolezza o a maggior offensività, afferma che "Il rispetto al principio di colpevolezza esige dunque che le circostanze aggravanti siano conosciute dal reo nei reati dolosi, e almeno conoscibili nei reati colposi. La soluzione opposta conduce a presumere il dolo o, rispettivamente, la colpa". Così: IDEM, *Colpevolezza e responsabilità obiettive*, cit., p.11. Si veda altresì IDEM, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 1987, p.498 in cui si affermava che la regola della operatività puramente obiettiva delle circostanze si può ritenere conforme al principio costituzionale della personalità dell'illecito (art.27 Cost.) soltanto se si suppone che essa, nei casi in cui opera a sfavore del reo, si possa applicare esclusivamente dove la reale situazione di fatto era conoscibile all'agente.

significatività non saprebbe individuare un limite ad una realtà che è, per sua natura, frazionabile all'infinito.

Una definitiva sistemazione dell'ambito riservato alle circostanze rispetto a quello della quantificazione della pena, in funzione di un'esplicazione coerente del principio di colpevolezza, deve dunque unire alle prime una sicura significatività in rapporto ad articolazioni dell'offesa al bene o ai disvalori soggettivi, che si accompagni alla significatività in rapporto alla pena. La sintonia fra una marcata significatività quanto all'offesa ed una significatività altrettanto marcata quanto alle conseguenze assegnerebbe alle circostanze una sicura coerenza all'interno del sistema.

Anche le aggravanti rappresentano infatti un consistente sacrificio per la libertà personale, e pertanto non può ammettersi che l'ordinamento ricorra a tale forma di manifestazione del reato se non in presenza di una significativa violazione al bene.

2. Esistono alcune aggravanti il cui contenuto tipico, se costretto entro i limiti soggettivi della conoscenza o della conoscibilità, non pare garantire l'addebito colpevole oppure perde in larga misura la ragione stessa di essere previsto dall'ordinamento ⁽¹²⁾.

La ragione di tale sfasatura fra singole aggravanti ed il coefficiente previsto dall'art. 59/2 c.p. è da porre in relazione con la tecnica usata per esprimere taluni disvalori. Il legislatore in alcuni casi non tipicizza, come di regola, un sostrato materiale in grado di esprimere un'articolazione dell'offesa,

¹² Si vedano le note 3 e 11 del precedente capitolo in relazione alle perplessità sollevate su tale punto in relazione ai vari progetti di riforma del codice penale.

ma si limita all'individuazione di un *sintomo* che diviene *indice diretto* ⁽¹³⁾ del maggior disvalore che si intende perseguire.

In alcune circostanze (ad es. in quelle riguardanti i motivi) tale elemento è costituito da un contenuto psicologico ⁽¹⁴⁾ ma tale constatazione non autorizza ad identificare in ogni caso le figure che presentano tale caratteristica con le circostanze "sintomatiche" che sono quelle in cui la norma si limita invece ad indicare l'indice di aggravamento che deve essere apprezzato *ex post* dal giudice.

Era ovvio, in un sistema come quello vigente prima della legge n. 19/90, costruito sull'imputazione obiettiva, che l'aggravante così costruita dovesse trovare applicazione per la sua stessa ricorrenza. Non per questo pare tuttavia potersi affermare che si tratti di responsabilità oggettiva. Non si era infatti in presenza di un difetto da porre in relazione con un'insufficiente esplicazione dei coefficienti di colpevolezza, ma di una modalità tecnica per esprimere un sintomo. La caduta della regola dell'imputazione obiettiva avrebbe dovuto divenire in questi casi premessa necessaria per una diversa

¹³Si vedano al riguardo le indicazioni sulla natura delle circostanze come indici di valutazione oggettiva del reato del CONTENTO, *Introduzione allo studio*, cit., p.171 e come "elementi di valutazione legale del reato che incidono sulla pena minacciata prima che sulla pena commisurata" dello STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 54 s.. E' evidente che un sintomo o un elemento di valutazione sarà costituito nella maggior parte dei casi da situazioni che possono essere controllate dal reo nel processo motivazionale e valutate quindi dal giudice in termini di colpevolezza, ma tale caratteristica non è affatto essenziale per la loro esistenza nei casi in cui la circostanza sia costituita da un indice diretto che è unicamente strumento di apprezzamento per il giudice.

¹⁴ Il tema delle circostanze a contenuto psicologico è particolarmente approfondito da: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 200 ss.

formulazione del contenuto significativo, e non già per un'imputazione a titolo di conoscenza o conoscibilità, come se l'oggetto fosse costituito da un sostrato materiale concernente un fatto da imputare colpevolmente.

L'indice diretto di valutazione non individua infatti situazioni nelle quali la conoscenza poteva in qualche modo "motivare" il reo, ma è costituito da elementi di giudizio sintomatico (recidiva) o dallo stesso giudizio sintomatico (motivi *abietti o futili*). Ferma restando, ovviamente, la necessità di prendere in esame il problema della compatibilità fra il disvalore che l'elemento introduce ed i principi del nostro sistema penale.

Con riferimento, in particolare, alla recidiva ed alle circostanze rappresentate dai motivi a delinquere, occorre porsi il problema se tali figure, che prima della legge n. 19/90 non subivano l'interferenza di coefficienti "conoscitivi" in rapporto al loro sostrato tipico, debbano subire ora tale interferenza col rischio di mostrare ancora un'insufficiente imputazione colpevole e di perdere in larga misura di significato nell'ordinamento o di venire distorte nella loro funzione.

Il sistema della recidiva ⁽¹⁵⁾, facoltativa dopo il D.L. n. 99 del 1974, deve dunque fare i conti, dopo la modifica dell'art.

¹⁵ Sulla recidiva, al di là del problema della sua qualificazione circostanziale, si vedano, oltre la dottrina citata alla nota n. 15, DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, in particolare p. 117 ss. in cui l'A. individua la consapevolezza della precedente condanna come criterio-guida per la discrezionalità nell'applicazione della recidiva; DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950; LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958; PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p.303 s. Inseriscono le fattispecie in esame fra le circostanze: DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p.101 s.; MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 99 s. per la recidiva), p.102 s. (per le ipotesi concernenti l'imputabilità); STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p.72 s. Secondo

59 c.p. con l'elemento della conoscenza-conoscibilità. La conoscenza - conoscibilità impone di misurare gli aggravamenti di pena dovuti a precedente condanna con un criterio di imputazione che non si mostra in alcun modo significativo rispetto alle esigenze di colpevolezza.

Deve al riguardo rilevarsi che conoscenza e conoscibilità dell'avvenuta condanna, (del tempo trascorso da tale condanna, dell'indole del reato che la concerne, ecc.) rappresentano dati che, di norma, sono per lo più scontati, ma appaiono insignificanti in termini di colpevolezza. In sostanza è ovvio che normalmente il reo sa delle proprie condanne o può agevolmente venirne a conoscenza. Nei rari casi in cui la conoscenza-conoscibilità fosse dubbia si imporrebbe al giudice uno sforzo tanto arduo quanto inutile, poiché, la ricerca del coefficiente psichico rapportato alla definitività della condanna (o alla medesima indole di quella precedente!), non potrebbe esimere dal rilevare che non solo è peregrina l'ipotesi di una condanna a carico di chi non sa di essere stato processato, ma che il maggior rimprovero che può muoversi al soggetto che ricade nel reato dopo la condanna può valutarsi soltanto con criteri che vadano ben oltre la conoscenza o la conoscibilità della condanna e che presuppongono di valorizzare il significato che assume il reato in presenza di precedenti.

La modifica della recidiva attuata col d.l. n.99 del 1974⁽¹⁶⁾ si pose nella direzione di superare l'ambito troppo vasto

CONTENTO, *Introduzione allo studio*, cit., p.149, la recidiva è circostanza aggravante. L'A. esclude viceversa che possano essere considerate circostanze quelle c.d. di diminuzione dell'imputabilità (ivi, p.137 s.). MALINVERNI, *Circostanze del reato*, cit., p.71 s. nega alle figure in esame che riguardano sia l'imputabilità che la recidiva la qualifica di circostanze.

¹⁶ Si veda, in particolare, DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 107 ss.

di casi nei quali la recidiva trovava applicazione e la rese facoltativa, senza tuttavia eliminare il discutibile rilievo della generica presenza di precedenti anche lontani nel tempo.

La soluzione adottata, se da un lato non ha fornito alcun indice per l'esercizio della discrezionalità nella recidiva, d'altro canto ha attribuito, come è stato rilevato, "alla fattispecie di cui all'art.99 c.p. una connotazione 'sintomatica', un'apertura verso la considerazione dell'*effettivo* atteggiamento individuale del reo che ha già riportato una condanna penale" (17).

Può allora affermarsi che da un lato la riforma dell'art. 59 c.p. non influisce in maniera significativa sul criterio di imputazione della recidiva che dunque presenta ancora irrisolto il problema della necessità di un puntuale coefficiente autonomo di imputazione; d'altro lato la modifica del 1974 all'art.99 c.p., introducendo la facoltatività della recidiva, evidenzia l'insufficienza dei soli precedenti per legittimare l'aumento di pena, pur non indicando i criteri ai quali il giudice deve attenersi nell'esercizio della discrezionalità. Due ri-

¹⁷ DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 110. Tale carattere diviene una progressiva acquisizione della dottrina, impegnata nella ricerca del problematico fondamento degli aumenti di pena dovuti ai precedenti. Si veda: CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca, 1870, p.125. Sul dibattito che precedette l'entrata in vigore del codice del 1889 in ordine alla recidiva come circostanza "aggravante d'imputazione" o "aggravante della pena", sui progetti in discussione, e sulla posizione dei positivisti, si veda CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888, pp. 219 s.; 239 s.; 245 s. Sul significato che assume, attraverso il codice del 1889, l'uscita dal sistema c.d. tariffario, e sul ruolo giocato nella nuova normativa dalle circostanze, si veda MASUCCI, *Il sistema di commisurazione delle pene*, in *Studi illustrativi del codice penale italiano*, a cura di LUCCHINI, vol. 2, Torino, 1893-1894, p. 321 s.

forme che mostrano evidente il difetto di non aver ancora ricollegato l'aggravante in questione ad un sicuro criterio per sorreggere il rimprovero soggettivo per le precedenti condanne (18).

Si profila dunque per la recidiva un contenuto "sfasato" fra il sostrato materiale tipico della circostanza ed i coefficienti previsti dall'art. 59/2 c.p. Potrà allora realizzarsi un'imputazione della recidiva coerente col principio di colpevolezza solo ritenendo che la costituzionalizzazione di quest'ultimo (art. 27/1 Cost.), attraverso il "filtro" della facoltatività, imponga di non applicare gli aumenti di pena per effetto di precedenti condanne prima della commissione del reato, nei casi in cui la commissione del nuovo reato sia variabile indipendente rispetto all'effetto di "deterrenza" che il reo ha ricevuto dalle condanne precedenti.

Lo schema di legge delega per la riforma del codice penale ed il disegno di legge n. 2038 prevedono come circostanze aggravanti non solo la recidiva, ma anche l'abitudine e la professionalità nel reato. Mentre però il primo intendeva prevederne "l'esclusione qualora i presupposti su cui si fondano non siano significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto", il secondo torna ad un sistema di recidiva-circostanza senza particolari connotazioni sul piano della colpevolezza (19).

La recidiva delineata dallo schema di legge delega, contrariamente a quella del disegno di legge, appare delimitata nel tempo, subordinata alla medesima indole dei reati e spostata dall'ambito riguardante il reo a quello riguardante le aggra-

¹⁸ Sul punto: MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione*, cit., p. 256 ss.

¹⁹ Si veda: *La riforma*, cit., art. 21, c. 343.; *Disegno di legge*, cit., p. 962 (relazione) e 988 (artt. 87-94).

vanti comuni. Appaiono significativi gli spunti dello schema di delega: la figura perderebbe il carattere soggettivo e sintomatico ricevendo una significativa "oggettivizzazione" che consentirebbe un ragionevole e specifico aggancio alla colpevolezza. Conseguentemente la recidiva di cui lo schema di legge delega propone l'introduzione, anziché ruotare sull'elemento "condanna" appare invece far perno sull'elemento "reato che ha dato luogo alla precedente condanna". Non avrebbe dunque senso limitarsi a richiedere la riconoscibilità della precedente condanna, ma ben può chiedersi che i caratteri della recidiva (come quelli dell'abitudine o professionalità nel delitto) si riflettano in una particolare forma di colpevolezza per il fatto. Tale colpevolezza evidenzerebbe rimprovero per una maggior gravità oggettiva, ad esempio, qualora il precedente reato della stessa indole si ponesse come momento di affinamento di tecniche delinquenziali, di elaborazione di modalità che rendano il risultato più sicuro, o più vantaggioso o più offensivo ecc. Coerentemente l'aumento di pena dovrebbe, secondo il citato schema essere escluso quando il legame con la precedente condanna e col reato che a quella si ricollega appaia estraneo ad una maggior colpevolezza per il fatto.

Per quanto concerne dunque la recidiva lo schema di legge delega evidenzia un coefficiente di colpevolezza che mostra maggiori affinità con quello previsto per i momenti di quantificazione della pena che non con la riconoscibilità del sottratto materiale tipico che integra la circostanza.

Anche il contenuto dell'aggravante dei motivi abietti o futili (art. 61 n.1 c.p.) è indice diretto di valutazione e rende a nostro avviso impossibile perché, illogico il rapporto con i coefficienti della conoscenza e della conoscibilità, anche se paiono profilarsi soluzioni *de iure condendo* assai diverse, ri-

spetto al la recidiva, per quanto riguarda un'"imputazione" in base a coefficienti.

Il motivo del reato, si osserva in dottrina, "consiste in uno stato affettivo, e cioè in un impulso, istinto o sentimento, che ha determinato la commissione di un fatto criminoso. Per lo più esso è consapevole, ed allora costituisce un fine che l'agente si propone di conseguire; però il movente originario può trovarsi nella sfera dell'inconscio, e quindi essere ignoto all'agente" (20).

Mentre il "fine" è sinonimo volontà di perseguire un risultato, il motivo fa invece riferimento ad uno stimolo psichico che il reo asseconda nel commettere il reato. Tale stimolo può essere qualificato in base al giudizio di abiezione rappresentato dal grave contrasto tra il motivo, immorale e ignobile, ed i valori della collettività. Oppure il giudizio può essere di futilità, e cioè di sproporzione fra lo stimolo motivante ed i reati posti in essere (21).

In altri casi, come ad esempio in relazione ai motivi *di lucro* individuati dall'art. 61 n.7 c.p. il motivo individua un'esplicita finalità conscia che preesiste al reato.

Il contenuto delle circostanze costituite da motivi a delinquere si esprime dunque in termini di valutazione del giudice su di un previo atteggiamento psicologico, recependo una soggettività che è diversa sia dalla colpevolezza per il fatto che dal finalismo dell'azione e che si accompagna, con peculiarità proprie, a tali forme di soggettività.

²⁰ Così: MALINVERNI, *Circostanze*, p.77.

²¹ Sul punto: MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, p. 52; IDEM, *Motivi*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 287 ss.

Siccome il motivo a delinquere può essere a seconda dei casi conscio o inconscio, il rimprovero soggettivo per il giudizio che la circostanza richiede di dare non consente di impostare alcun rapporto n, con la conoscenza n, con la conoscibilità (22).

Nei casi in cui il motivo è definito da un giudizio, non può nemmeno farsi perno sull'eventuale dato obiettivo dell' aver recepito una spinta criminosa proveniente da un fatto che obiettivamente si attagli al motivo (nel caso dell'art. 61 n. 1 c.p. un fatto disdicevole o modestissimo). Tale "fatto" potrebbe anche non esistere, qualora il motivo sia totalmente intrapsichico (es.: Tizio danneggia la cosa di Caio per il motivo futile che quest'ultimo non gli è stato sufficientemente riconosciuto).

Nell'aggravante concernente i motivi futili o abietti, prima di individuare come possa essere garantito il rimprovero nei confronti del reo, occorre allora definire quali rapporti esistano fra il motivo a delinquere e la condotta che dal motivo è scaturita. La dottrina ha individuato a questo riguardo due possibili prospettive di individuazione di tale rapporto. Il motivo, può essere valutato o in termini reali, e cioè nella sfasatura che presenta coi valori in cui si identifica la maggior parte degli uomini, o in termini sintomatici, e cioè come indice della parte colare personalità dell'autore (23).

Approfondita la struttura della circostanza dei motivi futili o abietti viene delineandosi l'incongruenza di un ipotetico rapporto con i coefficienti diretti ad abbracciare psicologicamente il contenuto tipico di una fattispecie: siamo in presen-

²² Si veda: DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 330 ss.

²³ Cfr.: MALINVERNI, *Motivi*, cit., p. 295.

za di un apprezzamento *ex post* operato dal giudice (in termini reali o sintomatici), che valuta con i criteri indicati nella circostanza il processo motivazionale dell'intero reato. Si esula completamente dal rimprovero che discende dalla conoscenza o dalla possibilità di conoscere un certo sostrato materiale tipico.

Se i motivi come indici sintomatici del grado di allontanamento dell'individuo dai valori della società presentano rischi di scivolamento verso una colpa per lo stile di vita o verso concezioni eticizzanti del diritto penale, viceversa i motivi appaiono figure compatibili con un diritto penale del fatto se considerati indice reale della *sfasatura* fra il motivo a delinquere e il disvalore rappresentato dal fatto (abietti) o tra il motivo a delinquere e il grado normale di risposta presente nel contesto sociale a certi stimoli (futili).

Risulta allora agevole concludere che anche l'aggravante in questione presenta esigenze di delimitazione in chiave di colpevolezza, ma tali esigenze non vengono salvaguardate delimitando i motivi (24) e imponendo al giudice di tener conto soltanto di quelli conosciuti e conoscibili (ammesso che tale operazione sia praticabile e abbia senso).

La caratteristica di elemento che deve riflettersi nella colpevolezza per essere sintomatico di rimprovero soggettivo, impedirà conseguentemente la formulazione del giudizio di futilità o di abiezione in caso di alterazioni psichiche che

²⁴ Rileva al riguardo DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 330 che i motivi rappresentano elementi da considerare nel quantum della colpevolezza e che non incidono invece sull'an. "In questa prospettiva, dei motivi si dovrà indagare l'intensità; rescindendo cioè da qualsiasi considerazione sul modo in cui si è formata la rappresentazione che ha spinto il soggetto al reato e sul suo valore etico-sociale, si dovrà valutare con quale forza tale rappresentazione abbia agito sulla volontà del soggetto".

spieghino la sproporzione tra fatto e movente, implicita nelle circostanze in questione. Si giunge a tale risultato non già perché, il soggetto non sarebbe stato in grado di controllare il processo motivazionale attraverso motivi con valore positivo anziché, negativo, ma perché, l'alterazione psichica è a sua volta "motivo", non valutabile in base ad un giudizio di futilità o di abiezione ⁽²⁵⁾.

Mentre in un successivo capitolo si esamineranno le aggravanti concernenti i motivi nel quadro delle circostanze che esprimono disvalori soggettivi, deve a nostro avviso concludersi che anche tali figure appaiono difficili da conciliare sul piano contenutistico con i coefficienti di imputazione previsti dall'art. 59/2 c.p.. La loro compatibilità con la disciplina degli elementi accidentali è dunque strettamente connessa co la salvaguardia del loro contenuto di indici diretti di valutazione che comportano la ricerca di un dato soggettivo (il motivo) avente struttura diversa e, soprattutto, funzione diversa rispetto ai coefficienti di colpevolezza.

Sulla base di tali premesse riteniamo di poter concludere che talune aggravanti hanno un contenuto soggettivo che, in una prospettiva di riforma dovrebbe essere reso meglio compatibile con i coefficienti di colpevolezza previsti per le circostanze.

3. La possibilità di ricostruire in via interpretativa l'incidenza dei fattori di imputazione della conoscenza-conoscibilità, ai sensi del nuovo art. 59/2 c.p., sulle circostanze che hanno ad oggetto le conseguenze della condotta,

²⁵ Si vedano: GUADAGNO, *Vizio parziale di mente e circostanze del reato*, in Giust. pen., 1954, II, c.466; SPIZUOCO, *L'aggravante dei motivi futili (art. 61 n. 1 c.p.) e rilievi circa il dolo dell'ubriaco*, ivi, 1958, II, c.367.

pone il problema di valutare se e come la nuova norma interferisca sull'imputazione dei reati aggravati dall'evento.

Occorre innanzitutto verificare, sia pure brevemente, se i reati aggravati dall'evento siano inquadrabili fra le circostanze del reato. E' evidente infatti che, in caso di risposta positiva, le soluzioni cui siamo pervenuti, che impongono di valutare l'esistenza almeno a livello potenziale della base conoscitiva su cui si innesta la previsione dell'evento si applicherebbero anche a tali figure.

L'impostazione del problema presuppone di sintetizzare il ricco dibattito che ha caratterizzato sul punto la nostra dottrina ⁽²⁶⁾.

²⁶ In dottrina si vedano: ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, cit., p. 57 s.; IDEM, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 285 s.; CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989 p. 52 ss.; CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento fra colpevolezza e prevenzione generale*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 303 ss.; CONCAS, *I delitti qualificati da un'offesa aberrante*, in *Pubb. Fac. giur. Univ. Cagliari*, Padova, 1966, p. 305 s.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 182 s.; DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 755 s.; IDEM, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa. L'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, in *Problemi generali di diritto penale* a cura di Vassalli, Milano, 1982, p. 255 s.; GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. "delitti aggravati dell'evento"*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 1963, p. 443 s.; MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 89 s.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1983, p. 343 s.; IDEM, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 3 s.; TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, cit., p. 210 ss.; VASSALLI, *Concorso tre circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p.3 s.; IDEM, *Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso*, ivi, 1978, p. 407 s.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p.51 s.; MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva"*, cit., p. 386 s.; PADOVANI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 192 s.

La collocazione dei reati aggravati dall'evento nel sistema è nodo problematico che "non è eludibile in alcun modo" (27) e la prospettiva dello studio delle circostanze sotto il profilo della colpevolezza può portare qualche ulteriore contributo sull'argomento. Uno dei punti cruciali nell'interpretazione della disciplina dei reati aggravati dall'evento consiste infatti proprio nell'individuare come sia da interpretare l'art. 42/3 c.p. alla luce del principio di personalità della responsabilità penale nel quadro di tali reati.

E' inoltre significativa, nella prospettiva di una riforma ritenuta da tutti necessaria, la modifica alla disciplina dell'imputazione dei delitti aggravati dall'evento adottata, introducendo il coefficiente della colpa, nel codice tedesco (28).

Al riguardo deve rilevarsi che il Disegno di legge n. 2038 (art.40) prevede, disciplinando unitariamente delitti aggravati dall'evento e condizioni obiettive di punibilità, che "Quando la legge fa dipendere da una particolare conseguenza del fatto o dal verificarsi di una condizione estranea all'offesa tipica del reato una pena più grave, questa si applica all'agente o al partecipe solo quando tale conseguenza o tale condizione è a lui imputabile al meno per colpa" (29).

Lo studio dei delitti aggravati dall'evento non può prescindere da due nodi fondamentali che contrassegnano l'interpre-

²⁷ Così: ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, cit., p.57.

²⁸ Cfr.: DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, cit., p. 255 s.

²⁹ Si veda: *Disegno di legge*, cit., p. 944 (relazione) e p. 981 (testo).

tazione di questa "categoria senza pace" ⁽³⁰⁾ e cioè *l'estrema varietà di figure* ⁽³¹⁾ e *l'interpretazione dell'art. 42/3 c.p.* ⁽³²⁾.

Obiettivo di tale approfondimento, come è stato autorevolmente sottolineato, "non è quello attinente alla definizione dell'ambito dei 'delitti aggravati o qualificati dall'evento' a cui la legge non riconosce alcuna funzionalità autonoma, ma quello di sapere che se, allorquando codesto ulteriore evento si verifichi, si sia in presenza di un nuovo e diverso reato o di una circostanza aggravante del reato base" ⁽³³⁾.

Il tema inerisce significativamente ad uno dei profili salienti di modifica del sistema delle circostanze introdotto dalla delega legislativa e dal disegno di legge n. 2038. Attraverso la norma che impone di chiamare esplicitamente circostanze le figure che sono tali, si dovrebbe giungere ad eliminare tutte le "diatribe che nell'attuale ordinamento coinvolgono un gran numero di previsioni normative determinando inammissibili incertezze circa la disciplina da adottare" ⁽³⁴⁾ Così: *La riforma*, cit., c. 317; *Disegno di legge*, cit., p. 984. L'art. 58 del disegno di legge parla espressamente nella rubrica di "Tassati-

³⁰ Così: VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p.19.

³¹ Per un'approfondita ricostruzione degli argomenti che rendono certo il riferimento dell'art.42/3 c.p. ai delitti aggravati dall'evento, si veda: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 121 s.

³² Trattasi dei punti che hanno determinato "grovigli e accavallamenti di teorie nei quali l'interprete rischia di smarrirsi". VASSALLI, *Op.cit.*, p. 25

³³ Così: VASSALLI, *Op.cit.*, ivi.

³⁴ Così: *La riforma*, cit., c. 317; *Disegno di legge*, cit., p. 984. L'art. 58 del disegno di legge parla espressamente nella rubrica di "Tassatività delle circostanze" e dispone: "Sono circostanze del reato quelle definite tali da espressa disposizione di legge".

vità delle circostanze" e dispone: "Sono circostanze del reato quelle definite tali da espressa disposizione di legge".

Va premesso che i reati qualificati dall'evento possono inere a fattispecie di delitto doloso, di delitto colposo o di contravvenzione.

Una significativa ricostruzione fa perno sulle modalità che portano a differenziare il reato semplice rispetto a quello circostanziato e sulle ragioni di tale differenza ⁽³⁵⁾. Quanto alla *disciplina* si coglie una netta differenziazione tra titolo autonomo e circostanza in rapporto agli elementi che li compongono, all'aspetto soggettivo e all'aspetto obiettivo ed appare di estremo rilievo e interesse la presenza del giudizio di valenza, applicabile alle circostanze e non ai titoli autonomi. Si sottolinea a quest'ultimo riguardo come la riforma del 1974, che ha esteso il giudizio di valenza a tutte le circostanze, abbia privato dell'argomento più significativo le tendenze che portavano a valutare anche *de iure condito* talune circostanze come veri e propri sub-titoli, determinando disorientamento e necessità di revisione della disciplina ⁽³⁶⁾.

³⁵ Cfr.: ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, cit., p.57 s.

³⁶ Il VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p.10, afferma, in relazione ai delitti aggravati dall'evento ed alla tensione di numerose circostanze ad avvicinarsi alla fattispecie astratta anziché alla quantificazione della pena, poste in rapporto alla generalizzazione del giudizio di valenza, che "la ragione della limitazione oggi abrogata...risiedeva nella speciale valutazione fatta volta per volta dal legislatore per determinati tipi di reato circostanziato, in modo analogo alla valutazione fatta per le figure di reato semplice o "reato base". Queste valutazioni legislative finivano col creare figure analoghe, almeno sotto taluni aspetti, ai singoli reati base della parte speciale: e con l'impedire un'estensione delle regole sul bilanciamento delle circostanze autonomamente punite queste ultime si collocavano su un piano in tutto simile a quello su cui stavano gli elementi costitutivi di reato nei reati con pluralità di con-dotte o pluralità di eventi.

Quanto alle *caratteristiche descrittive* dei fatti, appare solo tendenziale la caratteristica che vede il reato autonomo formulato con una fattispecie indipendente e quello circostanziato espresso da più disposizioni collegate fra loro dal meccanismo dell'integrazione.

Con riguardo alle caratteristiche delle *modalità sanzionatorie*, le differenze fra attenuanti e aggravanti e fra modifiche di pena prodotte dall'efficacia comune e da quella speciale, non possono portare oltre l'individuazione di una scelta legislativa effettuata in base a criteri di opportunità ⁽³⁷⁾.

Con riferimento, infine, ai *principi generali* si ritiene che essi non risultino sufficienti per individuare il criterio discrezionale fra titolo autonomo e reato circostanziato. Tale caratteristica coinvolge sia la proposizione che quest'ultimo è una

In particolare il procedimento per il quale veniva salvaguardato il peso punitivo di determinate circostanze aggravanti impedendone l'eliminazione per effetto di qualsivoglia circostanza attenuante finiva con il porre le circostanze aggravanti in questione sullo stesso piano degli elementi costitutivi veri e propri, per i quali una siffatta eliminazione era (come tutto-
ra è) inconcepibile per ragioni strutturali.

³⁷ Ci si chiede anche se la contrapposizione tra il momento astratto della minaccia e il momento della concreta irrogazione della pena possa avere qualche validità nella ricerca della qualificazione delle disposizioni legislative aggravatrici, rilevando come il quesito si ponga riguardo alla possibilità di distinguere, nell'ambito circostanziale, norme incriminatrici che prevedono precetti autonomi ed indipendenti e norme che prevedono semplici modificazioni del precetto, connesse funzionalmente all'effetto di modificazione della punibilità. Contro questa modificazione, che dividerebbe le circostanze in due gruppi, si obietta che il rapporto giuridico di causa ed effetto non ammette la rilevanza di altri fattori intermedi e che quindi le circostanze, in quanto si tratta di entità che modificano la sanzione non sarebbero frazionabili. Senza contare poi che parte della dottrina afferma che tutte le circostanze attengono egualmente alla cornice della pena.

forma di manifestazione del reato, sia quella che afferma che la circostanza "determina" la gravità del reato.

Aspetto decisivo per impostare la distinzione appare il *livello delle sanzioni* comminate per l'evento in quanto "la pena è la traduzione, in linguaggio numerico del disvalore sociale attribuito al fatto di reato".

Per tale via la dottrina in esame giunge ad una classificazione differenziata dei reati aggravati dall'evento che tiene conto, oltre che dell'entità della quantificazione della pena, anche *dell'enunciazione legislativa* che qualifichi o meno come "circostanza" un determinato elemento che indichi una "definizione operativa" o una "definizione per rubrica".

Contribuiscono infine a definire la distinzione anche l'argomento del *significato criminoso* dell'evento preveduto nella disposizione aggravatrice e si giunge quindi ad affermare che parte delle ipotesi dei reati aggravati dall'evento integra un reato autonomo e parte un reato circostanziato ⁽³⁸⁾.

Autorevole insegnamento dottrinale interviene proprio allorché l'estensione del giudizio di valenza previsto dall'art.69 c.p. privava la distinzione fra circostanze ed elementi costitutivi di un relevantissimo indice. Nonostante le riserve per l'avvenuta modifica di disciplina, gli argomenti che consentono di individuare caratteristiche proprie dei delitti aggravati dall'evento non consentirebbero di trarre conclusioni sulla loro autonomia. Essi sarebbero da considerare, conclude questa dottrina, vere e proprie circostanze del reato ⁽³⁹⁾.

Altra dottrina riprende, su basi diverse, la divisione dei delitti aggravati dall'evento fra circostanze e titoli autonomi.

³⁸ Cfr.: ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, cit., p.141.

³⁹ Cfr.: VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p.32.

Punti fermi sono da considerare sia il rilievo che la fattispecie del reato circostanziato, si pone, rispetto al reato semplice, in un rapporto di specialità identico a quello rilevabile tra reato "generico" e reato "speciale", sia la considerazione che la circostanza non può consistere in un elemento che sostituisca un elemento essenziale del reato base.

Il nostro problema attiene dunque esclusivamente, secondo l'impostazione in esame, all'interpretazione del diritto positivo, e cioè può essere risolto esclusivamente con criteri formali. In base a questi ultimi, quando non risulta univocamente che un requisito aggiuntivo concorra a costituire, con il reato base, un reato autonomo va qualificato come circostanza. Rientrerebbero così nella figura del reato complesso e non della circostanza i reati aggravati dall'evento che hanno nella loro struttura un evento aggravatore che non deve essere n, conosciuto n, voluto, ma che si aggiunge, nella fattispecie semplice, al pericolo che tale evento si verifichi. Nei reati c.d. a consumazione anticipata porterebbe alla soluzione del titolo autonomo la constatazione che l'evento deve necessariamente essere sorretto dalla non volontà e dalla non conoscenza, e quindi ha una disciplina di imputazione diversa e specifica che non consente di ricorrere all'art. 59 c.p. (nella vecchia e nuova formulazione). Nel caso invece in cui manchi qualsiasi indicazione sull'elemento soggettivo, e si debba quindi ricorrere all'art. 59 c.p. dovrebbe concludersi, in base a tale impostazione, per la qualifica circostanziale⁽⁴⁰⁾.

Un intero filone dottrinale fa poi rientrare i delitti aggravati dall'evento, sia pure con soluzioni più o meno estese, all'in-

⁴⁰ Cfr.: CONCAS, *I reati qualificati da un'offesa aberrante*, cit., p. 305 s.; IDEM, *Circostanze del reato*, cit., p. 371 s.

terno del delitto preterintenzionale, quando abbiano una struttura oggettiva e soggettiva compatibile con tale forma di reato. Parte delle figure vengono quindi portate in una definita categoria di reati autonomi. Le ipotesi non assimilabili alla preterintenzione "non possono essere accostate se non alla figura del reato circostanziato" ⁽⁴¹⁾ e lo sforzo interpretativo deve tenere conto ovviamente anche della distinzione tra delitti dolosi, delitti colposi e contravvenzioni cui si è fatto cenno, in quanto in tutte e tre le figure è possibile individuare fattispecie nelle quali ricorre l'evento aggravatore ⁽⁴²⁾, mentre il delitto preterintenzionale è compatibile solo con una volontà dolosa per l'evento minore.

Secondo altra dottrina deve escludersi che gli eventi aggravatori abbiano natura di circostanza in quanto l'art.42/3 c.p., norma sicuramente riferibile ai delitti aggravati dall'evento, parla di evento come conseguenza dell'azione od omissione e non parla affatto di circostanza. "Accettando la soluzione criticata, quindi, si verrebbe a sostenere che nell'art.42 terzo comma, il legislatore, senza alcun apprezzabile motivo, ha voluto riferirsi ad una parte soltanto delle circostanze del reato" ⁽⁴³⁾ senza peraltro nemmeno nominare la categoria di cui avrebbe inteso disciplinare una parte.

In altro studio sulle circostanze del reato si ritiene che, per ravvisare la natura circostanziale dei delitti aggravati dall'evento, ⁽⁴⁴⁾ occorra verificare la sussistenza di un rapporto di genere a specie col reato base, sulla scorta della distin-

⁴¹ Cfr.: TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, cit., p. 209.

⁴² Cfr.: TAGLIARINI, *Op.cit.*, p. 210.

⁴³ Cfr.: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 128.

⁴⁴ Cfr.: DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 185.

zione che può essere effettuata in rapporto alle differenti relazioni psicologiche intercorrenti, nelle varie fattispecie, fra l'agente e l'evento aggravatore. Si distinguono infatti casi in cui l'evento ulteriore è necessariamente voluto, da quelli invece in cui è indifferente se sia voluto o non voluto o deve essere necessariamente non voluto. L'autore conclude per l'inquadramento fra i titoli autonomi di reato delle sole ipotesi in cui non si verifica il suddetto rapporto di genere a specie. Tale caratteristica ricorrerebbe essenzialmente nei casi in cui l'evento di danno si sostituisce ad uno di pericolo.

A nostro avviso deve ritenersi ormai punto fermo la mancanza di qualsiasi dato testuale che imponga di dare una soluzione dogmatica unitaria al problema dei reati aggravati dall'evento.

Ci pare che l'art. 42/3 c.p., affermando che *la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione*, stia ad indicare attraverso l'espressione "altrimenti", la possibilità di imputare l'evento attraverso forme "miste" "alternative" o "anomale" aperte alla responsabilità oggettiva (sul punto in contrasto con l'art. 27/1 Cost.), come reso evidente dalla rubrica. La norma unisce dunque ad un significato "programmatico" fatto palese dall'espressione introduttiva "La legge determina..." l'accettazione di casi di imputazione senza alcun coefficiente soggettivo.

Il contenuto letterale dell'espressione "altrimenti" appare inequivocabilmente rapportato all'espressione contenuta nel comma precedente "...con dolo salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge".

La disposizione contenuta nell'art. 43/3 c.p. rappresenta allora una guida per l'interprete anche nello studio dei reati aggravati dall'evento per verificare se tali reati siano da im-

putare in base ad uno dei coefficienti previsti nel comma precedente o debbano invece essere imputati "altrimenti".

Va precisato che, quanto al delitto preterintenzionale, si aderisce alla dottrina che configura in questo coefficiente il dolo per l'evento meno grave, cui si aggiunge la colpa per quello più grave, senza qui potere, per l'oggetto del presente lavoro, esplicitare le cadenze argomentative della conclusione⁽⁴⁵⁾. Sul punto: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 357. Sui rapporti fra delitti aggravati dall'evento e colpevolezza e sulla natura degli illeciti contrassegnati da una combinazione dolo-colpa, si veda: CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 52 ss.

Diviene qui necessario approfondire la distinzione fra eventi aggravatori inerenti a delitti dolosi, a delitti colposi ed a contravvenzioni.

Per alcuni importanti e significativi delitti dolosi aggravati dall'evento l'elemento soggettivo per imputare quest'ultimo non potrebbe mai essere il dolo in quanto l'evento doloso è previsto come autonoma ipotesi criminosa da altra fattispecie. Siamo dunque in presenza di delitti aggravati dall'evento necessariamente non dolosi.

La constatazione appare particolarmente significativa: la disciplina positiva d'imputazione dei delitti aggravati dall'evento (art. 42/3 in relazione all'art. 43/2 c.p.) porta non solo ad un frazionamento di questi ultimi ma porta ad evidenziare l'assoluta coincidenza sul piano strutturale fra la categoria

⁴⁵ Sul punto: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 357. Sui rapporti fra delitti aggravati dall'evento e colpevolezza e sulla natura degli illeciti contrassegnati da una combinazione dolo-colpa, si veda: CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 52 ss.

che ricomprende le figure per le quale è incompatibile il dolo e quella del delitto preterintenzionale.

L'espressione "altrimenti" non può infatti che introdurre un rapporto regola-eccezione, con la conseguenza che si dovrà ricorrere all'eccezione solo quando il caso preso in considerazione non rientra nella soluzione regolare. Quest'ultima pare inoltre assecondare il principio costituzionale della responsabilità personale e colpevole che, anche in forza dell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale, individua come regola la responsabilità colpevole e assegna all'imputazione senza accertamento di colpevolezza un ruolo secondario, riservato fra l'altro ai soli elementi meno significativi nel quadro della fattispecie.

Nel caso di delitti aggravati dall'evento in cui quest'ultimo non può essere imputato a titolo di dolo si rientra dunque nella regola visto che tali fattispecie sono identiche a quella disciplinata dal delitto preterintenzionale ⁽⁴⁶⁾.

Su questa base lo sforzo interpretativo deve allora continuare per verificare in quali altri casi vi sia compatibilità fra la struttura di taluni delitti aggravati dall'evento con i coefficienti indicati nell'art. 42/2 c.p.

Esiste un gruppo di *delitti dolosi* aggravati dall'evento nei quali l'evento stesso deve essere necessariamente voluto. Es-

⁴⁶ Va rilevato che, anche seguendo la concezione del delitto preterintenzionale costituito da dolo per l'evento minore e responsabilità oggettiva per l'evento ulteriore, le considerazioni sue sposte non verrebbero inficiate poiché anche secondo tale teoria la preterintenzione, pur non richiedendo colpa, sarebbe compatibile sia con tale coefficiente che con la responsabilità obiettiva in rapporto all'evento ulteriore. Conseguentemente l'identità di struttura (dolo per l'evento meno grave, assenza di dolo per l'evento più grave) comporterebbe, anche in tale prospettiva, identità fra tali delitti aggravati dall'evento e il delitto preterintenzionale.

so infatti rappresenta la realizzazione dell'evento in fattispecie aggravatrici nelle quali lo stesso elemento è già previsto, atteggiato a dolo specifico o ad oggetto di attentato nella fattispecie semplice. Trattasi di delitti che rientrano in alcuni casi nel più ampio quadro della c.d. *consumazione anticipata*. Ad esempio può citarsi l'art.295 c.p. in cui l'attentato alla vita di un Capo di stato estero è punito con l'ergastolo anziché, con pena temporanea non inferiore a vent'anni se dal fatto è derivata la morte del soggetto passivo.

In tale caso esiste identità fra l'elemento soggettivo richiesto ed uno dei coefficienti indicato dall'art. 42/2 c.p.. L'evento sarà dunque imputato per dolo in base a tale norma, e non "altrimenti" ai sensi del comma successivo (47).

Appare invece impossibile inquadrare fra le ipotesi previste dall'art. 42/2 c.p. l'ulteriore gruppo di *delitti dolosi* aggravati dall'evento nei quali è indifferente in base a quale "nesso psichico" la condotta sia ricollegata all'evento aggravatore. In tal caso l'evento in questione è sicuramente posto "altrimenti" a carico dell'agente ai sensi del comma successivo, posto che siamo in presenza di elementi soggettivi alternativi fra loro in relazione alla medesima fattispecie, mentre il secondo comma prevede per ogni delitto un solo elemento soggettivo (48).

⁴⁷ Ci pare che, in questi termini, si superi radicalmente il problema che è stato individuato da parte della dottrina, secondo la quale non si potrebbe parlare di circostanza poiché nelle fattispecie in esame l'elemento costituito dall' evento dannoso sostituisce quello costitutivo rappresentato dal pericolo di un evento dannoso.

⁴⁸ Talune leggi speciali prevedono reati che possono essere imputati sia a titolo di dolo che a titolo di colpa. Si ritiene tuttora che in tali ipotesi si tratti di due fattispecie diverse il cui elemento oggettivo è descritto una sola volta dalla stessa disposizione.

Ci si riferisce alla maggior parte degli eventi aggravatori previsti dagli articoli 253, 255, 257, 261, 262, 287, 319 ter, 368, 372 e 373 in relazione all'art.375 c.p. Le prime ipotesi, da 253 a 287 c.p. concernono ipotesi di delitti contro la personalità dello stato in cui ricorrono eventi aggravatori quali l'aver "compromesso la preparazione o l'efficienza bellica dello stato", l'aver "compromesso l'esito delle operazioni militari", ecc.. L'ipotesi dell'art.319 ter c.p. riguarda le conseguenze di reati commessi da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le ipotesi, da 368 a 375 c.p. riguardano ipotesi di condanna come conseguenza di taluni delitti contro l'attività giudiziaria.

Le pochissime ipotesi di *delitto colposo* aggravato dall'evento mostrano indifferenza fra colpa e responsabilità oggettiva per l'evento ulteriore e quindi danno luogo ad evento imputato "altrimenti" ai sensi dell'art. 42/3 c.p.. Per essere imputati esclusivamente a titolo di colpa quali titoli autonomi occorrerebbe infatti il requisito dell'espressa previsione ai sensi dell'art. 42/2 c.p.

Le *contravvenzioni* aggravate dall'evento (es.: artt. 676, 677, 689 c.p.), nelle quali il fatto di reato ai sensi dell'art. 42/4 c.p. può essere imputato alternativamente a titolo di dolo o di colpa, l'evento ulteriore, non trovando alcun limite strutturale di imputazione potrà essere imputato anche obiettivamente, e quindi "altrimenti" rispetto ai coefficienti indicati nello stesso art. 42 commi 2 e 4 c.p.

Sulla base delle suesposte considerazioni ci pare che le conclusioni siano obbligate. I delitti aggravati dall'evento che possiedono struttura identica al delitto preterintenzionale o al delitto doloso non vengono imputati "altrimenti" rispetto alle regole dell'art. 42/2 c.p. Tale identità di struttura ci pare elemento sufficiente per dimostrare che si tratta di titoli au-

tonomi di reato. Suffraga tale conclusione, *a contrariis* l'osservazione che l'eventuale collocazione nel delitto circostanziato si baserebbe soltanto sulla struttura della fattispecie costruita con un'ipotesi semplice cui se ne affianca una più grave. Tale indizio, tuttavia è tutt'altro che univoco in quanto ricorrono numerosissime ipotesi nelle quali una fattispecie punita più severamente è costruita mediante il richiamo agli elementi costituiti vi di altra punita meno severamente, senza per ciò perdere il carattere di titolo autonomo di reato ⁽⁴⁹⁾.

Con particolare riferimento agli eventi aggravatori per i quali è incompatibile l'imputazione dolosa (altrimenti si integrerebbe un altro reato) e che sono stati fatti precedentemente rientrare nel delitto preterintenzionale, è possibile che in talune ipotesi la fattispecie si manifesti nel caso concreto con modalità analoghe a quelle del reato complesso (art. 84 c.p.) a condizione che il risultato ulteriore sia evento tipico di un delitto per il quale la legge prevede anche l'ipotesi colposa. Si pensi, ad esempio, al reato di danneggiamento seguito da incendio (art. 424 c.p.), se l'evento è determinato da colpa. Riferita piano strutturale l'osservazione appare convincente, anche se non consente di inquadrare tutte le possibili manifestazioni di delitto aggravato dall'evento nel quadro del reato complesso ⁽⁵⁰⁾.

⁴⁹ Si pensi alla struttura dei reati di falso commessi dal privato in rapporto a quelli commessi dal pubblico ufficiale (art. 482 c.p.). Afferma che, in mancanza di univoche indicazioni sul piano formale, un elemento deve essere assoggettato alle regole generali, e quindi ritenuto essenziale, in quanto il legislatore qualifica un elemento come circostanza quando lo vuole sottrarre alla disciplina ordinaria: TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Milano, 1992, p. 51.

⁵⁰ Cfr.: PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione*, cit., p. 293.

È facile però constatare che, nelle stesse ipotesi, il reato tende ad assumere anche le forme dell'*aberratio delicti* ancorché l'una e l'altra constatazione non paiano aggiungere granché all'avvenuto inquadramento nel delitto preterintenzionale il quale pure ha rapporti problematici con il reato complesso e l'*aberratio delicti*.

Diversa appare invece la soluzione della "natura" dei reati aggravati dall'evento in caso di non coincidenza fra la struttura del reato aggravato dall'evento ed i delitti e le contravvenzioni aventi l'elemento soggettivo descritto nell'art. 42 c.p. ai commi 2 e 4. In tal caso l'evento è posto a carico "altrimenti" rispetto al dolo o all'espressa previsione di colpa o preterintenzione, in quanto le singole fattispecie aggravate dall'evento sono costruite sull'irrelevanza dell'elemento soggettivo, che può ricorrere in una qualsiasi delle sue forme, o anche non ricorrere.

La soluzione ci pare preferibile rispetto all'inquadramento nelle figure in esame mediante la "frammentazione" dei singoli delitti aggravati dall'evento in base alle caratteristiche "del caso concreto" rapportate ai diversi elementi soggettivi con cui appaiono compatibili ⁽⁵¹⁾: tale ricostruzione sarebbe priva di qualsiasi utilità. Così, è evidente che nei casi in cui vi è irrilevanza per l'elemento soggettivo è possibile, in concreto, che acceda ad un reato semplice doloso un evento aggravatore determinato da colpa. In tale caso la manifestazione concreta identica allo schema del delitto preterintenzionale, non ci autorizza a scorporare tale forma di manifestazione dalle altre inserendola nel delitto preterintenzionale, proprio perché, la fattispecie è costruita sull'irrelevanza per l'elemento

⁵¹ Cfr.: PROSDOCIMI, *Delitti aggravati dall'evento*, cit. p. 281 ss.

soggettivo, e non sulla somma di tutti i possibili coefficienti di imputazione, colpevoli o meno.

Si può pertanto affermare che nei casi in cui un evento sia da imputare "altrimenti" rispetto ai singoli coefficienti indicati dell'art. 42 commi 2 e 4 c.p., occorre individuare nel sistema una norma "altra" cui fare riferimento.

E' dunque condivisibile l'orientamento dottrinale prevalente secondo il quale, pur utilizzando la rubrica dell'art. 42 c.p. l'espressione "responsabilità oggettiva", tuttavia il quarto comma non disciplina espressamente detta responsabilità, ma rimanda ad altre disposizioni per individuare coefficienti anomali, perché non rispondenti alle caratteristiche dei commi precedenti, fra i quali rientrano anche casi di responsabilità oggettiva.

Si tratta dunque di una norma di rimando, alla quale ci si può appellare, ad esempio, in relazione a quanto dispone l'art. 116 c.p., (la cui disciplina ancorché interpretata secondo i canoni della responsabilità colpevole è "altra" rispetto a dolo, colpa e preterintenzione); oppure in rapporto all'art 117 c.p. in cui la qualifica che rende "proprio" il reato che muta per taluno dei concorrenti è imputata senza dolo né colpa.

La disposizione di cui all'art. 42/3 c.p. non appare tuttavia riferibile esclusivamente agli eventi "costitutivi" del reato come quelli indicati dagli artt. 116 e 117 c.p.. Non solo, infatti la norma in esame è priva di qualsiasi elemento testuale che imponga tale soluzione, ma addirittura la stessa scelta terminologica dei commi 2 e 4 appare, per così dire, contrapposta a quella del comma 3. Mentre infatti il comma 2 parla di "fatto" (in relazione ai delitti) ed il comma 3 parla di "azione od omissione" (in relazione alle contravvenzioni), il terzo comma parla più genericamente di "casi" in cui l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente. Tale espressione non sa-

rebbe sicuramente propria se riferita esclusivamente al fatto di reato e non potesse ricomprendere anche elementi non costitutivi.

I suddetti argomenti ci portano pertanto a definire la soluzione che proponiamo.

Se si attribuisce all'art. 42/3 c.p., come appare sostenibile, non tanto una valenza "fondante" della responsabilità anomala, ma la volontà del legislatore di pretendere in questi casi l'esistenza di "altra" altra norma di legge per legittimare l'esistenza di fattispecie non assimilabili in termini di colpevolezza a quelle dell'art 42/2 c.p., si impone, per i delitti aggravati dall'evento che non rientrano nel delitto doloso, colposo o preterintenzionale (o nella contravvenzione attraverso il rimando dell'art 42/4 c.p.) di reperire una norma di riferimento che ne disciplini, allo stesso tempo, inquadramento e imputazione.

Deve pertanto concludersi che per i delitti aggravati dall'evento la cui struttura è differente rispetto a quella del delitto doloso, colposo o preterintenzionale (ed a quella della contravvenzione) *s'imponga la collocazione nell'ambito del reato circostanziato*, con cui vi è piena compatibilità.

A tale risultato interpretativo consegue che, trattandosi di eventi circostanziali, gli stessi saranno imputabili colpevolmente in base alle regole individuate nel precedente capitolo. Per rispondere di tali eventi sarà cioè necessario che gli elementi di fatto sui quali si fonda la possibilità di prevederli fossero conosciuti dal reo, o quanto meno potessero essere conosciuti attraverso uno sforzo che poteva essere richiesto al reo e la cui mancata realizzazione costituisce colpa.

Lo schema di legge delega per la riforma del codice penale suggerisce una via d'uscita molto "forte" dai mille problemi posti dai delitti aggravati dall'evento. In parte generale la ca-

tegoria continuerebbe a non avere autonoma disciplina, e tale soluzione evidenzia che si intenderebbe seguire un percorso completamente diverso rispetto ai precedenti progetti ed a modelli stranieri, soprattutto a quello tedesco che pur aveva sollecitato notevolmente l'attenzione della nostra dottrina ⁽⁵²⁾. La mancanza di specifica disciplina va tuttavia letta in relazione, a nostro avviso, a cinque specifici elementi, i primi quattro attinenti ai contenuti della nuova disciplina di parte generale che lo schema di legge delega intenderebbe introdurre, l'ultimo concernente i criteri di politica legislativa cui dovrebbe uniformarsi la Commissione nel costruire le singole fattispecie di parte speciale. In primo luogo si individua il criterio guida per la formulazione dell'elemento soggettivo del reato nell'esclusione di qualsiasi forma di responsabilità incolpevole. Secondariamente vengono previste solo due forme di responsabilità: il dolo e la colpa ⁽⁵³⁾.

In terzo luogo la disciplina delle circostanze prevede che siano tali solo quelle espressamente qualificate in tal modo dalla legge ⁽⁵⁴⁾.

Il quarto elemento da considerare consiste nel coefficiente d'imputazione per le circostanze, costituito dalla "rappresentazione", reale o potenziale ⁽⁵⁵⁾.

Infine, in parte speciale, si parla di una "generale politica della eliminazione delle diverse figure di reati aggravati dall'evento, inutili e complicatorie" ⁽⁵⁶⁾.

⁵² Si vedano le note 24 e 25.

⁵³ Entrambi i punti sono trattati dall'art. 12 dello Schema. Lo si veda in *La riforma*, cit., c. 339.

⁵⁴ Cfr.: *La riforma*, cit., art. 23, c. 343.

⁵⁵ Cfr.: *La riforma*, cit., art. 23, c. 343.

Il quadro complessivo che si ottiene dallo schema di legge delega, antitetico a quello seguito dal disegno di legge n. 2038, pur dovendo essere concretamente esplicitato nelle specifiche disposizioni e pur lasciando irrisolto il problema dei reati aggravati dall'evento presenti nella legislazione speciale viene dunque ad essere il seguente.

Viene accolto il suggerimento della dottrina di eliminare tante figure di delitti aggravati dall'evento che non paiono essere essenziali per la tutela dei beni giuridici. Le figure che dovessero essere eventualmente costruite con la struttura del *reato aggravato dall'evento* verranno disciplinate secondo le seguenti regole: a) verrebbero imputate a titolo di dolo o di colpa; b) dovrebbero essere considerate elementi costitutivi di un autonomo reato a meno che la norma non le qualifichi espressamente quali circostanze; c) qualora dovesse trattarsi di circostanze l'evento sarebbe imputabile al soggetto solo se questi se lo fosse rappresentato o se la mancata rappresentazione dipendesse da colpa.

4. Si pone il problema, a conclusione della valutazione dell'attuale sistema delle aggravanti alla luce del principio di colpevolezza, di considerare un gruppo di tali circostanze che apparentemente mostrano un tratto differenziale assai marcato rispetto a tutte le altre. Ci si riferisce alle *aggravanti indefinite*. Si rientra in tale categoria quando la variazione di pena a carico del reo dipende dalla "particolare gravità del

⁵⁶ Così: *La riforma*, cit., c. 361.

caso", dal "carattere di particolare gravità" oppure si verifica "nei casi gravi" oppure "nei casi di particolare gravità" (57).

Per tali figure la dottrina si è posta il fondamentale problema della compatibilità col principio legalità-determinatezza che è certamente preliminare rispetto alla verifica se, al di là di taluni riferimenti normativi che già parrebbero confermarlo, possa affermarsi che ci troviamo in presenza di circostanze in senso tecnico.

Per le dottrine più risalenti che inseriscono l'intero fenomeno circostanziale all'interno del "precetto primario", le aggravanti indefinite appaiono inesorabilmente incompatibili con tale principio e quindi da espungere dal novero delle circostanze. Violerebbe infatti le comuni regole della tipicità una norma imperativa che, per essere individuata nel suo contenuto, necessiti di verifica sul piano empirico-fattuale come premessa per giungere ad un giudizio di gravità. Tale disposizione non potrebbe razionalmente fungere da comando e violerebbe il fondamento di garanzia che impone anche su un piano accessorio, di conoscere già in termini astratti i contorni definiti dell'illecito (58).

Per chi ritiene invece, seguendo l'impostazione cui si aderisce, che le circostanze rientrino nel quadro della determinazione della pena attraverso l'individuazione di nuovi quadri edittali o la modifica della quantificazione in concreto, il requisito della mancanza di "tipicità" del sostrato materiale non

⁵⁷ Sul punto si veda: BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p.1019 s.

⁵⁸ Sui temi del dibattito dottrinale, si veda: BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p.1036 s., e PADOVANI *Circostanze del reato*, cit., p.199 s.

è invece determinante e la figura non presenta quindi una formulazione legislativa difettosa perché indeterminata.

Giunti a tale risultato si tratterà poi di verificare se le specifiche figure circostanziali previste siano costruite coerentemente con la loro struttura discrezionale (59).

Il problema se si tratti di vere e proprie circostanze aggravanti, ovvero se la norma ponga semplicemente un limite superiore ad una pena espressa in maniera complessa sul piano edittale, appare dunque legato ad una concezione non più recente che inseriva le circostanze nel fatto tipico vietato dalla norma (si diceva, nel precetto primario)(60). Solo l'esigenza di espungere tali figure da una categoria che si ritiene incompatibile può infatti portare a costruire un *tertium genus* oltre i criteri commisurati vi e le circostanze in presenza di figure che, a parte il "contenuto tipico" sono identiche in tutto alle rimanenti circostanze.

Seguendo sul punto un'autorevole dottrina, non pare dunque possa essere posta ragionevolmente in dubbio la natura circostanziale delle figure in esame. Deve infatti considerarsi, tenuto conto anche del ruolo che assumono nel nostro ordinamento le attenuanti generiche, che la funzione delle circostanze verrebbe comunque in gran parte ridotta se le si dovesse ridurre alle sole figure che possiedono un substrato materiale tipico e non fosse possibile arricchire l'istitu-

⁵⁹ Sull'argomento cfr.: CONTENUTO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 21.

⁶⁰ Seguiva questa configurazione: Corte Cost. 13 luglio 1970 n. 131, in *Giur. Cost.*, 1970, p.1598 s., a proposito della c.d. "ipotesi grave" nell'emissione di assegno a vuoto, prevista dall'art.116 del R.D. n.1736/33. Si consideri tuttavia che l'art.139 delle l. n.689/81, ha introdotto il vigente secondo comma del predetto art.116 l. assegni, col quale, prevedendosi la sottoposizione a pene accessorie indipendentemente dal giudizio di valenza, si conferma la natura circostanziale dell'"ipotesi grave" in questione.

to circostanziale anche di momenti nei quali il giudice raccorda il disvalore astratto della fattispecie con l'infinita gamma di valori che il caso concreto è capace di esprimere ⁽⁶¹⁾.

Non può non sottolinearsi, fra l'altro, l'ampio uso di circostanze indefinite, specialmente attenuanti, che la legislazione ha effettuato negli ultimi decenni denotando una loro indiscutibile vitalità, specie in materie che risentono di significative tensioni dell'allarme sociale.

Ritenuta la "natura" circostanziale delle aggravanti indefinite si pone però il problema dell'individuazione del loro contenuto aggravante e del loro rapporto con i coefficienti di colpevolezza previsti ora dall'art. 59/2 c.p..

Le varie espressioni legislative concernenti i casi più gravi ⁽⁶²⁾ esprimono l'esigenza di individuare ambiti nei quali può presentarsi nella realtà una particolare situazione che rende più grave il reato senza che la concreta materia disciplinata consenta una tipizzazione astratta, in quanto solo le "molteplici sfumature del caso concreto rivelano il loro valore aggravante" ⁽⁶³⁾.

⁶¹ Così: BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit. p.1058.

⁶² Le stesse considerazioni, rapportate ad una ricerca discrezionale di elementi in grado di esprimere una minore gravità, può essere riproposta in relazione alle attenuanti indefinite rappresentate dai numerosi "fatti lievi" presenti nell'ordinamento. Non può sfuggire al riguardo come il passaggio attraverso il filtro di tali fattispecie, a conseguenze sanzionatorie spesso di gran lunga più leggere (Si pensi all'art. 71 comma 5 della legge sugli stupefacenti, introdotto dalla legge n. 162/90) ponga problemi di ragionevole traduzione dei quadri edittali e di possibile controllo degli elementi che consentono di passare alla fattispecie attenuata, in quanto le esigenze di materialità e colpevolezza sono tutte incentrate sulla fattispecie semplice.

⁶³ Così: BRICOLA, *Op.cit.*, p. 1057.

Tale esigenza potrebbe sorgere sia perché, viene disciplinata una materia alla quale è difficile prevedere la concreta modalità di manifestazione ⁽⁶⁴⁾, sia perché, si tratta di ambito nel quale gli elementi di valore restano comunque equivoci su un piano astratto, fino a che non possono essere rapportati ad un caso concreto. Si pensi per tutti alla minaccia "grave" ai sensi dell'art.612/2 c.p.

La ricerca del concreto disvalore, e cioè del contenuto significativo della circostanza non potrà essere svolta nell'attuale sistema sulla base dei soli parametri previsti dall'art. 133/1 c.p., insufficienti per andare alla ricerca di quel contenuto significativo aggravatore che la norma ha rinviato al caso singolo. Tale ricerca dovrà trovare un puntuale vincolo sul piano teleologico in conseguenza del contenuto della singola aggravante indefinita rapportata al proprio fatto di reato.

Il rimando alle tre ipotesi dell'art. 133/1 c.p. delimiterà il contenuto materiale delle circostanze indefinite risolvendosi nel riferimento al fatto di reato per qualificarlo "grave" attraverso la valorizzazione di uno dei suddetti parametri.

In termini di colpevolezza l'art. 59/2 c.p. appare norma che, ancorché applicabile, mostra tuttavia una non trascurabile sfasatura rispetto al contenuto materiale delle aggravanti indefinite.

Un primo problema, superabile in via interpretativa, deriva dall'espressione usata dall'art. 59/2 c.p.. Parlare di "circostanze *conosciute* ..." è espressione che appare puntuale e propria in ordine ad un fatto tipizzato ma che necessita di interpretazione estensiva in rapporto alle aggravanti indefinite per divenire sinonimo di "circostanze *di fatto* conosciute...".

⁶⁴ Si pensi al fatto di lieve entità per i reati tributari introdotto dall'art. 4 della legge n. 516/82.

Un secondo problema interpretativo attiene, come per le circostanze tipiche, agli elementi che concernono la "gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato"(art. 133/1 n.2 c.p.). Non si evidenziano ovviamente problemi in ordine alla conoscenza/conoscibilità quando tali elementi integrano l'oggetto materiale del reato, mentre invece se è l'evento a risultare portatore di "particolare gravità" va riproposta la medesima soluzione delineata nel precedente capitolo per tutte le circostanze e nel precedente paragrafo in relazione ai delitti aggravati dall'evento. Dovrà farsi riferimento al sostrato "conoscitivo" sul quale si fonda necessariamente la previsione / prevedibilità dell'evento e l'aggravamento di pena potrà aver luogo solo se gli elementi di fatto che lo rendevano prevedibile erano conosciuti o conoscibili dal soggetto (65).

Pur se la soluzione sopra delineata rende compatibili le aggravanti indefinite col giudizio di colpevolezza, deve tuttavia rilevarsi che la stessa ricostruzione delle figure in esame evidenzia una certa loro ambiguità strutturale, che comporta la presenza di un contenuto assai simile a quello che caratterizza i parametri di quantificazione della pena, che vien "accorpato" ad un istituto come le circostanze la cui disciplina,

⁶⁵ Rileva efficacemente MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione*, cit., p. 262, che le aggravanti indefinite pongono inoltre un rilevante problema di "relazionamento tra soggetto e fattore circostanziale" che può essere soddisfatto concretamente solo in un momento successivo, e cioè nel processo attraverso la contestazione. Conseguentemente l'"ipotetica responsabilità colposa, derivante dall'inescusabile ignoranza della 'gravità' del comportamento tenuto, sarà desumibile non tanto dalla rappresentazione o rappresentabilità degli avvenimenti che egli abbia avuto al momento della perpetrazione dell'illecito, quanto alla raffigurazione che gli riuscirà di prospettarsi, in termini benanche rievocativi, all'atto della contestazione dell'accusa".

se non altro su un piano statistico, dà la prevalenza a fattispecie costruite con la tecnica della tipicità.

Di tale preoccupazione di fanno carico sia lo Schema di legge delega che il disegno di legge n. 2038. Il primo, prevedendo una disciplina delle circostanze tutta incentrata sul connotato della determinatezza e quindi, coerentemente, costruita su elementi "tipici" da imputare solo se il reo se li poteva rappresentare, prevede di espungere dal nostro ordinamento le aggravanti indefinite ⁽⁶⁶⁾ in simmetria all'eliminazione delle attenuanti generiche. Il disegno di legge (che mantiene le attenuanti generiche), introduce invece la categoria delle circostanze oggettive di aggravamento della responsabilità penale, disponendo che possano operare solo se riflesse nella volontà colpevole dell'agente. La disposizione, contenuta nello stesso art. 61 che disciplina le circostanze attenuanti, tende dunque ad attrarre i "fatti", i "danni" o le "offese" gravi nell'ambito del dolo del reato principale ⁽⁶⁷⁾.

⁶⁶ Cfr.: *La riforma*, cit., c. 318.

⁶⁷ Cfr.: *Disegno di legge*, cit., p. 957 (relazione) e p. 985 (testo).

CAPITOLO TERZO

IL DISVALORE ESPRESSO DALLE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI E LA COLPEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. *Contenuto sostanziale delle aggravanti ed esigenze di colpevolezza.* 2. *Soggettività e colpevolezza nel sistema di circostanze del 1930.* 3. *L'innesto dell'imputazione colpevole sulle circostanze preesistenti.* 4. *Disvalore oggettivo e soggettivo nelle circostanze.* 5. *Disvalore oggettivo ed esigenze di colpevolezza.* 6. *Contenuto "psicologico" e disvalore.* 7. *Le esigenze di colpevolezza in rapporto al disvalore e in rapporto alla funzione delle circostanze.*

1. L'insegnamento della Corte costituzionale, che delimita l'ambito della necessaria colpevolezza agli elementi maggiormente significativi della fattispecie, porta a prendere in esame il contenuto sostanziale delle aggravanti, per valutare entro quali limiti le attuali fattispecie siano effettivamente portatrici delle esigenze che l'attuale art 59 c.p. disciplina in maniera generalizzata. Tale generalizzazione si è manifestata con evidenza nella scelta di estendere specifici coefficienti di imputazione colpevole a tutte le aggravanti.

La valutazione sostanziale non può tuttavia limitarsi ad un mero controllo "quantitativo" riferito all'oggetto della circostanza in relazione ai beni giuridici coinvolti, che porterebbe al più a ritenere che alcune aggravanti hanno un contenuto così insignificante e dunque una portata lesiva così debole da fare escludere non solo le esigenze di colpevolezza ma la stessa opportunità della loro previsione quali circostanze.

Anche e soprattutto la "qualità" del contenuto tipico della circostanza ha grande rilievo per individuare un sistema di circostanze coerente con un diritto penale della colpevolezza.

E' indubbio che il principio di cui ci occupiamo può subire lesione, non soltanto se si imputano senza colpevolezza elementi significativi, ma anche se si imputano elementi che discendono da concezioni distorte della colpevolezza che la allontanano da una visione che faccia perno sul rimprovero per aver cagionato offesa al bene giuridico. Certo, come sottolineano rispettivamente lo schema di legge delega ed il disegno di legge sulla riforma del codice penale, il contenuto della circostanza non può avere carattere costitutivo rispetto all'offesa realizzata ed il giudice applica le circostanze con discrezionalità ⁽¹⁾.

Su tali affermazioni occorre tuttavia enunciare un'imprescindibile puntualizzazione. E' vero che il contenuto della circostanza potrà concorrere soltanto a modulare i contorni accessori della lesione al bene e non potrà in alcun modo sfuggire a tale suo ruolo. Tale preoccupazione si manifesta tuttavia non soltanto in direzione di una circostanza dal contenuto arbitrariamente "costitutivo" dell'offesa (in cui la tutela del bene peccherebbe per difetto), ma anche nella direzione di un diritto penale che utilizzi surrettiziamente la "maggior sanzione" che caratterizza la circostanza per punire più severamente atteggiamenti di mera disubbidienza o per dare accesso a disvalori soggettivi incompatibili col sistema. Tale eventualità sarebbe in contraddizione coi contenuti che debbono caratterizzare tutti gli elementi tipici, siano essi costitutivi o circostanze, per non debordare oltre i limiti assegnati alla norma penale dal principio di offensività.

Riprendendo dunque la terminologia usata dalla Corte costituzionale dovrà aversi riguardo, non solo ad una colpevolezza che funge da garanzia per il rimprovero degli elementi

¹ Cfr.: *La riforma*, cit., c. 3 e 19 ed il *Disegno di legge*, cit., p. 957.

"maggiormente significativi" ma anche ad una colpevolezza che funge da garanzia per espungere dall'ordinamento gli elementi "non ragionevolmente significativi".

Non è possibile in questa sede riprendere gli argomenti della concezione realistica del reato in rapporto alla sua idoneità a dare fondamento ad una nozione sostanziale di reato. Va tuttavia rilevato che la rilevanza delle conseguenze sanzionatorie propria delle circostanze aggravanti impone di riproporre analoghe considerazioni anche in rapporto all'esigenza di caratterizzare queste ultime come strumenti che, dal punto di vista contenutistico, siano in grado di modulare significativamente l'offesa al bene.

Per rappresentare il fondamento che ne legittima l'esistenza, il requisito dell'offesa al bene offre per le circostanze alcuni profili identici a quelli che si pongono per gli elementi costitutivi, oltre a taluni profili specifici.

Come per gli elementi costitutivi, il fondamento costituzionale della necessaria offensività si appunta anche per le aggravanti sulla tutela della *libertà personale*, che non può trovar compressione se non per violazioni significative rispetto ad un sistema di "beni", nel *principio di personalità* della responsabilità che presuppone una "oggettivizzazione" per non cadere nella punizione di puri atteggiamenti interiori, nella *rieducazione* che presuppone un' interiorizzazione dell'offesa ai "beni" come disvalore, nel *principio di legalità* che impone di utilizzare solo norme di un certo rango ed espresse in maniera determinata, quelle che maggiormente garantiscono che contenuto e formulazione non aprano, nemmeno al momento dell'applicazione, a giudizi di disvalore del comportamento contrastanti con la Costituzione.

Sulla base di tali premesse anche per le circostanze la concezione realistica del bene giuridico consente di operare

una selezione degli elementi che possono andarle a costituire. Tali elementi saranno rappresentati, oltre che da quelli che rappresentano un'articolazione effettiva ancorché non costitutiva dell'offesa al bene, eccezionalmente anche da elementi di scopo, a condizione che il loro carattere strumentale rispetto all'offesa al bene si muova nell'ambito di una corretta e ragionevole individuazione dei fini di politica criminale perseguiti dall'ordinamento.

La valutazione sostanziale delle circostanze in rapporto all'offesa al bene pone in relazione a tali figure il problema particolare del *necessario carattere valutativo* che deve sorreggere il giudizio sul contenuto della circostanza rispetto all'offesa al bene giuridico. Muovendoci in base ad un sistema di articolazioni al bene preesistente rispetto alla norma, occorre che il contenuto in esame renda effettivamente il reato "più grave" in caso di aggravanti e "meno grave" in caso di attenuanti. D'altronde la stessa individuazione dei beni giuridici degni di essere sottoposti a tutela penale non può prescindere dalla formulazione di giudizi di "valore" che sono soggetti, accanto ad alcune rigidissime costanti, anche ad evoluzioni, arricchimenti ed abbandoni per i quali la Costituzione rappresenta un vincolo più in termini di "ragionevolezza" che di "tassatività", per l'oggettiva difficoltà a selezionare i beni oggetto di tutela usando la legge fondamentale come filtro.

E' d'altronde evidente come tali considerazioni rappresentino un' indispensabile garanzia minima di coerenza rispetto al principio di offensività in un sistema che prevede la possibilità che le circostanze escano dalla cornice edittale. Se non si estendesse il controllo dell'offensività anche all'ambito delle circostanze si consentirebbe al legislatore di introdurre figure in grado di snaturare, sul piano delle conseguenze san-

zionatorie, quanto viene solennemente affermato in relazione agli elementi costitutivi del reato. Basti pensare a consistenti aumenti di pena espressi da un'aggravante in conseguenza di un atteggiamento soggettivo di mera disubbidienza, in rapporto ad una mancata sottoposizione a interventi dell'autorità, ecc.

Solo valutando talune ricorrenti vie di fuga da un diritto penale incentrato sull'offesa è possibile prendere atto, rispetto al problema in esame, di come si ponga l'attuale sistema delle circostanze e dei multiformi contenuti che esse possono assumere.

2. Non può ritenersi che le circostanze del reato, la cui disciplina prescindeva di regola da qualsiasi coefficiente psicologico d'imputazione effettivo o potenziale, abbiano potuto venir caratterizzate dal rispetto puntuale e calibrato del principio garantista della responsabilità personale e colpevole sancito dall'art. 27/1 Cost. (2) con una semplice riforma legi-

² La dottrina appariva orientata per la riforma anche prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88. Si veda: MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa*, cit., p. 461, in cui si sottolinea che "l'ambito della responsabilità oggettiva espressa, benché tuttora ampio, è andato però sempre più restringendosi .. in seguito ad interventi eliminatori del legislatore e della Corte Costituzionale e alle interpretazioni limitative della dottrina e della giurisprudenza"; PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 511 in cui, con riferimento al disegno di legge approvato dal Senato il 31 gennaio 1973, cit., p. 827 s., in particolare a pag. 834) si afferma che "In tema di circostanze, il testo approvato dal Senato capovolge l'attuale principio dell'imputazione oggettiva .. Mosso da un'esigenza corretta di adeguamento al principio di colpevolezza, il legislatore non s'è avveduto di andare troppo oltre. La positiva conoscenza delle circostanze aggravanti può e deve sensatamente essere richiesta per fondarvi una responsabilità per dolo; nei reati colposi, invece, così come è esclusa per definizione la rappresentazione dell'evento, non v'è ragione di richiedere, per

slativa che ribalta una disposizione, senza estendere l'indagine al contenuto delle varie figure (3). La riforma infatti si è limitata a modificare la norma chiave dell'imputazione di circostanza (art. 59/1 c.p.) e vi ha "trapiantato" il principio dell'imputazione colpevole, senza intervenire sul corpo ricevente il quale potrebbe essere talvolta intrinsecamente incompatibile con una corretta concezione della colpevolezza in rapporto all'offesa o addirittura rischiare, in relazione a talune figure, una sorta di "crisi di rigetto". Tale norma, come è noto, affermava che "*Salvo che la legge disponga altrimenti*, le circostanze che aggravano ovvero attenuano ... la pena sono valutate, rispettivamente a carico o a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti".

La colpevolezza non è infatti assimilabile ad una forza che, talvolta compressa, tende naturalmente a coinvolgere e a permeare di sé interi settori del diritto penale che paiono prescindere, purché sia lasciata libera di espandersi; per esprimere rimprovero è necessario che il coefficiente soggettivo

la valutazione delle situazioni aggravanti, quella conoscenza che sui momenti 'essenziali' dell'illecito non è richiesta".

³ In particolare GROSSO, *Responsabilità penale*, voce in Nss.dig.it., XV, Torino, 1968, p. 714 sottolinea come non sia sostenibile che l'art. 27 Cost. sia riferibile ai soli elementi costitutivi ed afferma: "L'indicazione della 'responsabilità' senza alcuna specificazione ulteriore, è comprensiva infatti di tutti i dati che agiscono sulla medesima, si tratti di requisiti costitutivi, ovvero soltanto modificativi; in assenza di una controindicazione espressa sembra quindi naturale che il divieto *de quo* debba involgere anche gli elementi accidentali". Sull'interpretazione dell'art. 27/1 Cost., prima della sentenza n.364/88 si vedano: FLORA, *La responsabilità penale personale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Temì*, 1974, p.264 s.; PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Roma, 1966, p. 43 s.

vo sia appropriato e coerente col disvalore che l'elemento tipico esprime.

È innegabile che l'espansione della colpevolezza, ove guidata da un'indagine rigorosa in ordine alle figure verso le quali deve avvenire, assuma importanza basilare in un diritto penale che tenda, rafforzando il principio di cui ci occupiamo, ad attuare il dettato costituzionale, per "il significato di chiusura che la formula della colpevolezza riveste nei confronti di ogni tentativo di continuare ad attribuire rilevanza - ciò che accade oggi nel nostro ordinamento- agli effetti incolpevoli della condotta" (4).

La responsabilità colpevole attiene al processo motivazionale del reo ed appare pertanto necessario verificare se le singole figure presenti nell'ordinamento attengano a tale processo oppure no.

Lo studio del problema della colpevolezza nelle circostanze non può allora sfuggire alla soluzione del fondamentale quesito che si pone all'interprete. Occorre cioè chiedersi quali siano le ragioni sostanziali per cui il legislatore del 1930, nel disciplinare la materia, abbia optato per la natura circostanziale di alcuni elementi e se tali elementi rappresentino un dato compatibile con un'accettabile concezione della colpevolezza.

Un primo percorso ricostruttivo potrebbe essere rappresentato dall'individuazione delle opzioni di politica penale che sorreggono il codice vigente (5) per considerare in qual modo esse abbiano inciso sui contenuti delle circostanze. Tale scel-

⁴ Così: DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 259.

⁵ Sul punto si vedano: JANNITTI PIROMALLO, *Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare*, Milano, 1928, p. 73 s.; COSTA, *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in *Nuovo digesto it.*, Torino, 1938, p. 169.

ta metodologica non tarderebbe tuttavia a mostrarsi inconcludente. Ogni soluzione legislativa privilegia i propri obiettivi di politica penale e lo spazio maggiore o minore attribuito ad una corretta visione della colpevolezza non è certamente neutrale rispetto alle opzioni dei vari momenti storici. Se approfondiamo il clima politico e culturale in cui matura la stesura del codice del 1930, avvertiamo che il tema della colpevolezza viene talvolta prospettato come fonte di difficoltà probatorie. Percepriamo anche l'ingresso di momenti di colpevolezza - "ribellione" ed un'accentuazione della responsabilità oggettiva. Individuata però la ragione storica della disciplina resterebbe comunque aperto il problema di cogliere l'ampiezza delle deroghe che l'impianto originario del codice poneva ad una coerente esplicazione del principio di colpevolezza che non è detto fossero sempre uniformi e generalizzate, e in particolare non può affermarsi che fossero tali rispetto a tutte le circostanze delle quali ci occupiamo (6).

Limitarsi dunque a dar puntualmente conto delle ragioni contingenti della scelta legislativa altro non significherebbe se non descrivere la barriera oltre la quale stanno le specifiche esigenze di colpevolezza che dobbiamo individuare.

È dunque poco produttivo approfondire ulteriormente la scelta legislativa che portò a dar la soluzione recentemente abrogata al problema dell'imputazione di circostanza (7) Si veda, al riguardo, il punto 40 della Relazione al testo definitivo del c.p., poiché così facendo verrebbe pressoché, spontaneo cadere nell'equivoco che il problema possa essere risolto

⁶ Si veda, significativamente, al riguardo: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1920, p. 499 s. e IDEM, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, cit., p. 596 s.

⁷ Si veda, al riguardo, il punto 40 della *Relazione al testo definitivo del c.p.*

attraverso l'opposta soluzione della responsabilità indifferenziatamente soggettiva di tutte le *attuali* circostanze senza curarsi delle loro specifiche esigenze in termini di colpevolezza (8). Basterà limitarsi a constatare che l'imputazione oggettiva di circostanza viene introdotta nell'ordinamento proprio allorché, si assiste, da un lato ad una più compiuta normativa codicistica sull'elemento soggettivo e, dall'altro, ad una sistemazione generale delle circostanze del reato nel cui ambito vengono ricondotte figure diverse che, in precedenza, godevano di un'autonoma disciplina. In tale contesto il legislatore ha avvertito, come posto in luce da autorevole elaborazione dottrinale, il carattere *eterogeneo* della categoria delle circostanze (9) tutta costruita sull'elemento di struttura dell'*accidentalità*.

La difficoltà che nasceva per il legislatore, dunque, non può essere relegata soltanto fra le pur presenti conseguenze di rigorismo ed aprioristica diffidenza verso l'espansione massima del principio della responsabilità colpevole, ma traeva anche origine da una preoccupazione che appare individuabile approfondendo l'interpretazione dell'istituto.

Valutando *singolarmente* le circostanze è infatti possibile stabilire se esse manifestino su un piano soggettivo esigenze di colpevolezza, purché si individui il criterio sostanziale capace di consentire di verificare se la circostanza attenga al processo motivazionale oppure no (10).

⁸ Sottolinea i limiti di tale apertura non attenta alle effettive esigenze di colpevolezza: GALLO, *Relazione*. in *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, cit., p. 29 s. Cfr.: PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 202 s.

⁹ Cfr.: VASSALLI, *Concorso tra circostanze*, cit., p. 8 s.

¹⁰ In relazione all'art. 59 c.p. nella sua formulazione originaria, fu rilevato che la regola dell'imputazione oggettiva è "ristretta nella sua possibile

Il legislatore del 1930 invece, particolarmente sensibile al problema di evitare che dalla disciplina degli istituti insorgessero difficoltà probatorie nella ricerca del coefficiente psicologico non compì tale operazione, che avrebbe avuto un sicuro effetto controproducente rispetto all'eliminazione di tali difficoltà. La disciplina del 1930 pertanto non forniva, fuori dei casi indicati nell'art 60 c.p., alcun criterio per distinguere fra loro le circostanze sulla base di esigenze di colpevolezza, e contemporaneamente collocava in ambito circostanziale figure estranee al processo motivazionale e figure "enucleate" delle loro esigenze di colpevolezza. Tale complesso ed eterogeneo quadro di figure non è quindi detto che tolleri oggi di vedersi assegnato un coefficiente di imputazione per assicurarne il rimprovero. In maniera consequenziale rispetto alla scelta operata, il legislatore pose una norma di chiusura che si atteggiava ad *indifferenza* ("anche se ...") per l'imputazione colpevole ⁽¹¹⁾.

operatività a quelle sole circostanze che siano costruite, strutturalmente, da elementi capaci di venire a esistenza oggettivamente, cioè senza che vi sia bisogno, per accertarne la realizzazione, di tener conto di alcun particolare rapporto con gli atteggiamenti psicologici del soggetto". Così: CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, p. 587. In dottrina si sottolinea che le circostanze aggravanti che integrano un reato complesso (es.: art. 625 n. 1 c.p. che assorbe il fatto tipico dell'art. 614 c.p.), devono essere imputate con l'elemento soggettivo del reato originario, con conseguente rilevanza anche dell'errore ai sensi dell'art. 47 c.p. Così: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 200 e 205.

¹¹ Secondo MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa*, cit., p. 46 solo la concezione normativa consente di depurare la colpevolezza da quei residui di responsabilità oggettiva che contaminano ancora la concezione psicologica. Un nesso psichico astratto, fisso ed uguale in tutti i casi e perciò non graduabile è necessario per stabilire l'*an* della responsabilità

Quanto all'introduzione di componenti soggettive nelle circostanze essa avvenne senza distinguere fra componenti soggettive attinenti al momento motivazionale e componenti soggettive di diverso genere, previste in funzione della situazione concretamente disciplinata, non idonea ad esprimere il proprio significato aggravante o attenuante se non effettivamente rapportata ad un atteggiamento soggettivo specificamente individuato ⁽¹²⁾.

Non può sfuggire come una simile tecnica legislativa risenta considerevolmente degli schemi classificatori della dottrina penalistica in auge al momento della codificazione, in cui l'analisi della struttura del reato, come è stato rilevato in dottrina, muoveva sovente dalla differente "essenza naturalistica" degli elementi che vanno a comporre l'umano agire, e cioè quello fisico e quello psicologico ⁽¹³⁾, senza che si cogliesse ancor compiutamente la diversa natura delle varie soggettività e la possibilità di ricondurre alla colpevolezza solo quelle attinenti al processo motivazionale. È così evidente la prospettiva accennata, da trovarsene traccia nella stessa relazione al progetto definitivo, in cui si afferma che le circostan-

ma estraneo alla valutazione del quantum. La colpevolezza manifesta infatti esigenze di individuazione al fine di rapportarla alla varietà delle situazioni umane attraverso la valutazione dei processi interni di motivazione.

¹² È significativa al riguardo l'analitica ricostruzione del MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 597 s.

¹³ Cfr.: FIORE, *Diritto penale*, cit. p.113.

ze a contenuto psicologico rappresentano una sorta di ridimensionamento dell'imputazione colpevole (14).

Le "aperture soggettive" nelle circostanze adottate dal codice del 1930 sono dunque, sul piano della tecnica legislativa, di due tipi. Con la prima si introduce nella struttura della circostanza una specifica componente psicologica (es.: art.61 n.2, "avere commesso il reato per..."), con la seconda si passa ad una specifica regola di imputazione in un caso di rilievo piuttosto secondario. E' dunque evidente in che modo doveva essere inteso il significato della disciplina dell'art.59/1 c.p., in cui la riserva di norme che disponessero "altrimenti" si spiega essenzialmente come una scelta per ribadire che i contenuti psicologici, quali che fossero, erano comunque fatti salvi.

3. Il problema appare dunque, essenzialmente in una prospettiva *de iure condendo*, quello di individuare come debba essere ridisegnato, per rispettare fino in fondo il principio di colpevolezza, un sistema che fino a ieri era costruito sull'indifferenza per l'imputazione soggettiva e che oggi prevede i coefficienti soggettivi della conoscenza e della conoscibilità che sono significativi solo per la maggior parte delle circostanze (15).

Per adeguare il sistema alle specifiche esigenze di rimprovero soggettivo presenti nelle varie aggravanti pare si debba

¹⁴ Cfr.: *Relazione Guardasigilli. Lavori Preparatori*, Vol. V, p. 104 s.; COSTA, *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, p. 170.

¹⁵ Sul punto: PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p.203.

dunque andare oltre la norma generale di imputazione soggettiva introdotta dal nuovo testo dell'art. 59/2 c.p.. Per giungere a tale risultato si deve sciogliere un nodo interpretativo che coinvolge l'intero ambito degli elementi accidentali del reato: la complessa ma possibile ricerca del *contenuto significativo* dell'elemento circostanziale in rapporto con il *disvalore* espresso dalla fattispecie rappresentata dall'unione fra la circostanza e gli elementi costitutivi del reato ⁽¹⁶⁾.

Con l'imputazione di circostanza ⁽¹⁷⁾, come emerge evidenti dalla stessa disciplina e dai lavori preparatori, il codice si

¹⁶ Tale rapporto, in termini di specialità fu autorevolmente impostato in dottrina da MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, p. 64 s. Sottolineava l'Illustre Autore che la ragione che induce a rendere circostanziale un reato è essenzialmente di tecnica legislativa e si risolve il più delle volte nella riconosciuta opportunità di tenere in evidenza il reato base. In ogni caso "si verifica l'emergere in rilievo giuridico di modi di essere del fatto che, nell'ambito della disciplina generale, restano giuridicamente indifferenti e ciò appunto al fine di dare una tutela adeguata e propria alla situazione specifica. Si ha quindi una specializzazione della tutela, la quale si compie o con la configurazione di una nuova fattispecie in cui gli elementi circostanziali entrino a parità di condizioni nella essenziale struttura del reato o con la previsione di una circostanza che non ha valore di elemento costitutivo. Certo è però che - prosegue l'Autore - sebbene la circostanza sia elemento accidentale del reato e non entri nell'economia strutturale di esso, in quanto essa in concreto si verifichi, inerisce al reato e lo modifica nel suo significato, operando egualmente una specializzazione" (*ivi*, p. 66).

¹⁷ Sullo specifico punto dell'accidentalità la relazione al progetto e quella al testo definitivo, paiono compiere una non trascurabile forzatura del criterio secondo il quale *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*. Il tenore letterale dell'espressione fa infatti indubbio riferimento ad un criterio causalistico. "Caso" è quanto può sopravvenire, è l'avvenimento accidentale che si presenta nello svolgimento o all'esito del comportamento. Un simile criterio, dunque, potrebbe trovar logica riferibilità solo alle circostanze che rappresentano una caratteristica delle conseguenze della

sforzava di far convivere, a giustificazione dell'indifferenza per la colpevolezza, un criterio *presuntivo* per ragioni probatorie ed un criterio assai più problematico che pretendeva di risolvere *ex lege* il rilievo in termini di *valore* nel quadro della fattispecie, attraverso la qualifica di elemento circostanziale. Nei lavori preparatori non si afferma soltanto che sarebbe stato troppo gravoso per l'ordinamento ricercare la prova di una componente soggettiva, ma altresì che le circostanze sono elementi che *non individuerebbero il nucleo*, la parte fondamentale dell'illecito. Ci pare tuttavia che le giustificazioni addotte non siano sufficienti a spiegare l'indifferenza di tutte le circostanze per la colpevolezza ⁽¹⁸⁾ Si giunse ad affermare che, "trattandosi di elementi accidentali ed accessori ben si possono considerare come rischi od infortuni che s'aggiungono ad un fatto voluto". Tale indifferenza in certi casi aveva infatti una spiegazione di tipo contenutistico, derivante dall'estraneità al momento motivazionale ⁽¹⁹⁾.

condotta (es.: art. 61 n. 7, danno di rilevante gravità) e non invece alle circostanze che fanno riferimento ad altri momenti della fattispecie (es.: art. 625 n. 7, furto su cose destinate a pubblico servizio). Non sfugge inoltre come l'accollo in base al principio *accessorium sequitur principale* riferito a circostanze autonome comportasse la conseguenza che la parte di pena imputata soggettivamente in base al coefficiente previsto per il reato fosse talvolta di minor peso rispetto a quella connessa alla presenza delle circostanze. Per molte circostanze, dunque non si sarebbe dovuto correttamente far riferimento né al "caso" derivante da un legame causalistico, né al carattere "accessorio" della fattispecie.

¹⁸ Si giunse ad affermare che, "trattandosi di elementi accidentali ed accessori ben si possono considerare come rischi od infortuni che s'aggiungono ad un fatto voluto". Così: COSTA, *Circostanze*, cit., p. 170.

¹⁹ La sentenza della Corte costituzionale n. 364/88 indica come strada per la ricerca della significatività, non la "natura" dell'istituto ricostruita

attraverso criteri formali, ma l'individuazione della maggiore significatività del contenuto. Gli studi sulla natura delle circostanze sono fra l'altro, come è noto, profondamente divisi nel collocare tali figure fra gli elementi che integrano una più ampia fattispecie o fra i criteri specifici di quantificazione della pena, attestandosi su posizioni contrapposte e molto spesso in irriducibile antitesi. E' fondamentale la ricostruzione di tali posizioni operata da CONTENUTO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 8 s., 172 s. Esiste, è innegabile, un'obiettiva difficoltà all'interno del sistema nel riferire le circostanze al fenomeno della fattispecie astratta del reato (mediante specificazione-specializzazione della stessa) o al fenomeno della quantificazione in concreto della pena (mediante precostituzione di elementi specifici nel loro contenuto attenuante o aggravante, e quindi sottratti alla valutazione sintetica del giudice). In tale contesto si è sottolineato come la caratteristica funzionale di elementi di variazione della sanzione, pur non consentendo di affermare l'autonomia delle circostanze su un piano "ontologico" in quanto meri indici di valutazione oggettiva del reato, mostri tuttavia un minimum comune a tutte le figure accidentali consistente nel modificarne la gravità facendo variare la misura della pena. Questa base comune, utile per individuare attraverso criteri formali i confini del sistema delle circostanze rispetto agli altri istituti, non appare tuttavia funzionale a definire le caratteristiche di contenuto della circostanza e del reato circostanziato, come premessa per cogliere le esigenze di colpevolezza che presentano. La definizione formale di circostanza, fra l'altro, è strumento inadeguato anche per valutare se il legislatore non si sia irragionevolmente spinto sino ad inserire fra le circostanze elementi aventi un contenuto così significativo da essere assimilabili a quello di veri e propri sub-titoli del reato, come parrebbero indicare inequivoche indicazioni contenute nei lavori preparatori. Si veda la *Relazione sul progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, II, Roma, 1929, p. 123, in cui, a giustificazione della mancata previsione del giudizio di valenza per le circostanze autonome si afferma: "Le regole sulla prevalenza sono applicabili soltanto in quanto si rimanga nel campo delle vere e proprie circostanze, ossia di quelle circostanze che modificano esclusivamente la quantità del reato, rappresentandone una accidentalità, una modalità, una casualità. In altre parole, le regole anzidette non possono trovare più applicazione, non soltanto quando una particolare circostanza divenga elemento costitutivo speciale di un determinato reato e quindi faccia mutare il titolo del

La ricerca del contenuto significativo deve dunque avvenire muovendosi nella direzione di impostare un rapporto fra l'elemento circostanziale e la fattispecie cui inerisce. Solo così si può individuare quali debbano essere le regole dell'imputazione di circostanza conformi al principio di colpevolezza, cogliendo fino in fondo se e dove la nuova norma sull'imputazione soggettiva delle aggravanti sia limitativa, sovrabbondante o addirittura estranea rispetto alla specifica fattispecie⁽²⁰⁾.

Cogliere il contenuto significativo delle circostanze dà dunque, per così dire, la misura delle esigenze di colpevolezza delle varie figure.

Il superamento di quello che fino ad ieri veniva indicato come uno dei residui ambiti di insufficiente espressione del principio della responsabilità colpevole ancora presenti nell'ordinamento ed oggi appare riformato attraverso l'introduzione dei soli e non sempre adeguati e pertinenti coeffi-

reato; ma anche quando essa, pur non facendo mutare il titolo del reato, ne muti la qualità (e non soltanto la quantità), dimodoché ci si trovi dinanzi ad una sottospecie o sub-titolo del reato medesimo".

²⁰ Ha approfondito questa prospettiva anteriormente alla riforma attuata con la legge n. 19/90: MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva" delle circostanze*, cit., p. 389, sottolineando come l'abbandono della regola di imputazione oggettiva avrebbe potuto comportare il riassetto dogmatico della categoria delle circostanze del reato. "Molte delle circostanze attualmente previste -prosegue Melchionda- sono state infatti pensate e strutturate anche tenendo conto delle regole di imputazione originariamente fissate, ed il recupero di una conformità con il principio di colpevolezza, realizzato attraverso una generica modifica dell'art.59 c.p. potrebbe alterare sensibilmente la rilevanza aggravante od attenuante ad esse assegnata" (*ivi*).

cienti conoscitivi, comporta dunque un'operazione analitica di ricerca della significatività delle singole figure.

Tale operazione consiste nell'individuazione dell'importanza dell'elemento preso in considerazione nel quadro del reato (ovvero, in altri termini, nell'individuazione della "qualità" della sua contrarietà all'ordinamento) e si incentra quindi innanzitutto nell'identificazione del suo *disvalore* (21).

²¹ Va precisato al riguardo che la significatività non può essere identificata *tout court* nell'effetto rappresentato dalla variazione della pena che risulta maggiore o minore a seconda della ricorrenza o meno dell'elemento. L'affermazione che un disvalore significativo ricorre in presenza di ogni variazione di pena ricollegata ad un fattore predeterminato legislativamente, sarebbe altrettanto apodittica quanto escludere la significatività solo perché si è fuori dagli elementi costitutivi del reato. Muoversi in tale direzione vorrebbe dire ricollegarsi ad una diversa "costrizione dogmatica", sia pure più aperta alla colpevolezza, che porterebbe ad allargare la necessità di un'interpretazione soggettiva a tutto ciò che non è semplice quantificazione della pena ai sensi dell'art.133 c.p. Le circostanze, in conseguenza del loro maggiore rilievo nell'ordinamento, avrebbero già caratteristiche tali che imporrebbero, per ciò solo, un coefficiente di colpevolezza. Il processo di quantificazione della pena, peraltro, si realizza solo in parte tramite le circostanze del reato, e la ricerca della significatività potrebbe potenzialmente fare rinvenire momenti da garantire con un coefficiente di colpevolezza persino all'interno del limite rappresentato dai parametri dell'art.133 c.p. Tale processo, inteso nella sua più ampia accezione, è infatti il frutto della convergenza di molteplici elementi oggettivi e soggettivi, e non solo di quelli maggiormente significativi. E' indubbio che il sistema delle circostanze si ponga altresì quale strumento volto a rendere più precisa l'individuazione del disvalore in rapporto alle conseguenze sanzionatorie del reato. Il nostro sistema consente poi di esercitare, con le circostanze, un più effettivo esercizio del diritto di difesa ai sensi dell'art.24/2 Cost. realizzando i presupposti per una più specifica percezione degli elementi di accusa e per un più intenso controllo della motivazione. Sul punto: PISANI, *La disciplina processuale delle circostanze aggravanti*, cit., p.68. La Corte Costituzionale ha chiaramente affermato che "il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli *elementi più*

4. La fattispecie penale semplice si trasforma in circostanziata arricchendosi di elementi che sono aggravanti o attenuanti. L'individuazione del loro disvalore deve rispondere al quesito su quale sia il significato dell'elemento che introduce tale aggravamento o attenuazione che porta a modificare la pena. Per giungere a tale modificazione, dovrà prima ancora aver subito aggravamento o attenuazione anche un dato esprimibile in termini di valore all'interno della fattispecie.

L'elemento che ha subito modificazione nel quadro della fattispecie circostanziata potrà riguardare il piano oggettivo o prendere in considerazione situazioni e atteggiamenti che connotano soggettivamente la persona dell'autore.

Oggettività e soggettività vanno tenute ben distinte anche nel quadro degli elementi accidentali. In tale contesto dobbiamo valutare se le circostanze introducano un elemento che assuma un particolare carattere nella descrizione del fatto, tenendo presente che tale carattere è tendenzialmente descrivibile o su di un piano quantitativo (si può rubare un libro o un'intera biblioteca) o su di un piano qualitativo (si può

*significativi della fattispecie tipica". Cfr.: Corte Cost. 23 marzo 1988, n. 364, cit., p. 709. Appare significativo lo sforzo della Corte per evitare qualsiasi lettura della sentenza sull'art.5 c.p. che tenti operazioni riduttive di tipo formalistico. Per giungere a tale risultato, come si nota, l'oggetto del giudizio di colpevolezza viene rapportato a termini latini quali "ipotesi criminose", "fattispecie", "fatto", al cui interno può rilevare qualsiasi momento formalmente rilevante filtrato unicamente dalla sua "significatività". Formalismi e concettualismi vengono dunque individuati dalla Corte (*ivi*, p. 710) come i potenziali ostacoli all'espansione del principio di colpevolezza. L'indicazione appare particolarmente significativa in materia di circostanze per evitare che il problema del loro inquadramento problematico fra specificazione del tipo e quantificazione della pena possa portare, attraverso un riduttivo inserimento delle circostanze in quest'ultimo ambito, ad una negazione della loro significatività.*

rubare un borsellino, così come si può rubare un borsellino che si trova in una casa). Parimenti dobbiamo prendere in considerazione se le circostanze introducano un elemento di carattere personale che aggravi dunque il reato non sul piano dell'offesa ma su quello della riprovevolezza soggettiva (22).

Le modalità attraverso le quali avviene l'espressione dei disvalori non è tuttavia coincidente con la natura oggettiva e psicologica degli elementi descrittivi. E' infatti possibile introdurre disvalori soggettivi attraverso elementi aventi un substrato materiale e disvalori di azione attraverso elementi di tipo soggettivo (23).

La ricerca dei disvalori oggettivi e dei disvalori soggettivi fornisce una prospettiva per individuare le linee attraverso le quali sono costruite le figure presenti nel sistema penale, e quindi anche le circostanze del reato. "La storia del diritto penale - si afferma in dottrina - è caratterizzata dalla contrapposizione dialettica tra un *diritto penale oggettivo* ed un *diritto penale soggettivo*, con le molteplici combinazioni intermedie di un *diritto penale misto, oggettivo-soggettivo*" (24).

²² Tale valutazione deve tuttavia premettere, per tener lontano l'approfondimento da un equivoco giurisprudenziale, che il disvalore soggettivo espresso da una circostanza è altro dal suo prevedere una componente soggettiva strutturale, e altro ancora dall'inserimento nell'elenco delle circostanze soggettive previsto dall'art. 70 c.p. Mentre il disvalore espresso dalla circostanza attiene alla valutazione del suo contenuto sostanziale, la struttura materiale della circostanza dipende dalla "corretta identificazione dei suoi elementi costitutivi". Così: PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1185.

²³ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1982, p. 190 ss.

²⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 133.

Mentre la dottrina meno recente si fondava sulla distinzione fra un elemento materiale concepito in maniera puramente oggettiva e una colpevolezza costruita da un contenuto puramente soggettivo, si tende ora a formulare una diversa impostazione del problema. Se valutiamo in termini sostanziali il contenuto della norma, si individuano un disvalore per l'evento che è stato prodotto ed un disvalore per il modo col quale tale evento è stato cagionato. Vi sono in particolare beni, come il patrimonio, la cui tutela sul piano oggettivo può avvenire solo contemplando un disvalore di azione che si accompagna ad un disvalore di evento.

Il problema che si pone all'interprete, e che appare attraversare trasversalmente la maggior parte delle circostanze, consiste allora nell'individuare quando le circostanze che esprimono momenti diversi dall'evento, anziché consistere in disvalori di azione si trasformino in disvalori soggettivi che ci portano lontano da un diritto penale fondato sui principi di materialità - offensività e personalità-colpevolezza.

Non ci paiono condivisibili quegli orientamenti dottrinali che tendono a far confluire, almeno in maniera tendenziale, l'intero ambito dei disvalori d'azione nel contesto di disvalori soggettivi che allontanano dal diritto penale del fatto. Proprio per tale ragione diviene necessario guardar dentro a soggettività e oggettività anche nel quadro delle circostanze.

L'archetipo del diritto penale oggettivo puro è un sistema di norme poste a tutela di specifici beni, nel quale il reato è costruito come loro lesione o messa in pericolo. Il centro della fattispecie consiste nel binomio condotta-evento legato da un nesso causale che ricorre quando l'agente abbia posto in essere una *conditio sine qua* non per il verificarsi dell'evento

stesso. In tale modello imputabilità, dolo e colpa si collocano su un piano secondario poiché la gravità del reato, assieme all'entità della sanzione, dipendono essenzialmente dall'effettiva lesione del bene protetto, sfuggendo da considerazioni incentrate sulla colpevolezza o sulla personalità dell'agente. Il "monopolio" dell'elemento materiale comporta anche il ridotto rilievo del tentativo, della continuazione criminosa e del concorso morale.

Il fulcro di un sistema oggettivo puro, si è recentemente osservato, sarà costituito "dalla lesione effettiva del bene protetto, dal disvalore dell'evento che viene posto a carico dell'agente senza alcun riferimento ai vari fattori d'ordine soggettivo" e "la gravità del reato sarà unicamente determinata dalla lesione oggettiva e a tale criterio s'ispireranno tutte le circostanze aggravanti e attenuanti" (25).

Lo schema di riferimento di un sistema penale soggettivo puro, è invece incentrato sulla norma intesa come comando e sulla volontà criminosa del soggetto vista come disubbidienza a tale comando. In questo contesto il bene giuridico adempie ad una funzione sistematica e classificatoria, e cioè non rappresenta l'oggetto di un'effettiva lesione ma l'obiettivo della tutela apprestata dalla norma. Conseguentemente ha ampio rilievo la componente psicologica, che tende ad estendersi fino a ricomprendere l'atteggiamento interiore e lo stile di vita. Trovano quindi grande valorizzazione gli istituti concernenti l'imputabilità, il dolo, la colpa, la differenza fra voluto e realizzato, il tentativo, la continuazione criminosa, il concorso

²⁵ Così: MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 3; IDEM, *Il "soggettivismo" nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 45 ss.

morale e le circostanze soggettive ⁽²⁶⁾. Ha comunque rilievo l'intenzione anche indipendentemente dal suo concretizzarsi, non solo nell'evento ma persino nella condotta e momenti soggettivistici permeano lo stesso rapporto di causalità materiale. Prevarranno "le circostanze aggravanti o attenuanti fondate su particolari stati soggettivi" ⁽²⁷⁾.

I sistemi "puri" di tipo oggettivo e soggettivo rappresentano tipi astratti, non realizzabili storicamente nella loro integralità: i concreti ordinamenti sono inevitabilmente di tipo misto e la tensione a caratterizzare in maniera sempre più compiuta sia l'offensività che la colpevolezza, mette in luce gli autentici centri ideali in chiave garantista dei due modelli.

Il primato della distinzione è dunque di tipo eminentemente classificatorio - metodologico perché, consente di valutare quali caratteristiche prevalgano nei sistemi positivi ed a quale schema siano riferibili singoli istituti ⁽²⁸⁾.

De iure condendo la distinzione fra "oggettivo" e "soggettivo" consente inoltre di individuare chiaramente le modifiche che dovrebbero essere apportate al sistema ed agli istituti per caratterizzarli in un senso o in un altro.

Sul piano della costruzione delle fattispecie, oggettività e soggettività presentano, sia nei modelli astratti dove si respingono, sia negli ordinamenti concreti dove convivono, specifiche modalità tecniche di manifestazione. In questo senso si parla di disvalore oggettivo o di disvalore soggettivo

²⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 134

²⁷ MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 4.

²⁸ Si veda l'approfondimento in tal senso del tema del motivo a delinquere operato da: MALINVERNI, *Motivi (dir. pen.)*, cit., p. 295.

a seconda della tensione che i singoli istituti manifestano in dipendenza delle loro caratteristiche strutturali.

L'evento ⁽²⁹⁾, inteso come modificazione tangibile del mondo esterno evidenzia dunque compiutamente, in rapporto sia agli elementi costitutivi che alle circostanze, le esigenze di cui è portatore il principio di materialità ed è quindi la modalità che esprime più di altre un *disvalore oggettivo*.

Quando la fattispecie, costitutiva o circostanziale (es. art. 61 n.7, danno di rilevante gravità limitatamente ai reati che offendono il patrimonio) è incentrata su un evento-risultato naturalistico e la condotta è costruita come modalità idonea a realizzarlo null'altro rileva di quest'ultima se non il suo orientamento causale.

In molte fattispecie lo schema ideale condotta (a forma libera) - evento subisce alcune deviazioni. Tali deviazioni possono essere prese in considerazione per verificare fino a che punto possa essere intervenuto spostamento verso disvalori di tipo soggettivo.

Nelle fattispecie circostanziali di mera condotta (es. art. 61 n.4 c.p. aver agito con crudeltà verso le persone), solo apparentemente però il contenuto esprime esclusivi disvalori soggettivi. L'assenza di un risultato tangibile da prendere in considerazione potrebbe spostare l'apprezzamento della condotta dal suo essere orientata causalmente verso un risultato, all'essere considerata in sé, solo se l'elemento circostanziale non fosse valutato nel quadro della fattispecie criminosa cui accede e se non si avesse cura di prendere in considerazione il sostrato materiale che le circostanze costruite sulla condotta impongono di valutare. La pura e semplice descrizione di una condotta potrebbe quindi aprire spazi per dar ri-

²⁹ MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit. p. 11.

lievo a tale momento anche oltre, se non al di fuori di un'effettiva e concreta lesione al bene, e perfino in termini di mera disubbidienza, solo se si sfugge all'aggancio imposto dal rapporto con l'evento materiale del reato.

Solo se si prescinde dal valutare il sostrato materiale del reato semplice le circostanze costruite sull'azione del reo potrebbero "aprire" ai disvalori soggettivi e non essere in grado di arginare in alcun modo una distorta personalizzazione che si muova, anziché nella direzione di garantire un rimprovero effettivo per il modo col quale la lesione è stata realizzata, verso quella di perseguire atteggiamenti psicologici che si concretizzano in dati esteriori che nulla hanno a che vedere con l'offesa.

Si è ritenuto che una tecnica legislativa portatrice di espressioni di disvalore soggettivo possa essere quella di prevedere una particolare finalità (dolo specifico) dell'agente (es. aver commesso il reato per eseguirne o occultarne un altro, art. 61 n.2 c.p.). Si assiste in tal caso all'inserimento (se si tratta di elemento costitutivo) o all'aggiunta (se si tratta di circostanza), di un fattore soggettivo nella struttura della fattispecie che, pur potendo in talune ipotesi fungere da momento di perfezionamento del disvalore obiettivo indicato dall'evento (es.: introdursi in un'abitazione al fine di commettere un furto, art. 625 n. 1 c.p.), potrebbe divenire in altri casi il veicolo per una valorizzazione finalistica della condotta come fulcro del disvalore (o di un disvalore aggiuntivo) ⁽³⁰⁾ del reato, per evidenziare una condotta finalisticamente diretta ad uno scopo e non una condotta causalmente orientata verso un evento.

³⁰ Si pensi all'aggravante del nesso teleologico prevista dall'art. 61 n. 2 c.p.

Va inoltre precisato che, attraverso le tecniche della circostanza (così come del reato) di mera condotta e dell'inserimento di un dolo specifico nella circostanza (o nel reato), i disvalori contenuti nella norma assumono caratteristiche diverse. Nel primo caso il legislatore preseleziona un comportamento-sintomo del tipo di processo motivazionale che aggrava il disvalore dell'azione (es. art 61 n. 5 c.p. circostanze di tempo e di luogo tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa e correlato comportamento *profittatore* del reo), nel secondo caso descrive la finalità che è indice diretto del disvalore d'azione (es: finalità di terrorismo o di eversione).

Talune accentuazioni del momento soggettivo e di partecipazione personale interiore all'illecito penale non appaiono invece sempre in grado di garantire dai rischi di una personalizzazione che apra alla possibilità di realizzare costruzioni che identificano il disvalore in uno stile di vita o in uno specifico finalismo soggettivo che diviene chiave di lettura del comportamento (es.: art. 94/1 c.p., aggravante dell'ubriachezza abituale). Tali componenti soggettive possono rappresentare un dato di tensione verso la "rottura dell'equilibrio su cui si basa la costruzione di un sistema penale misto" ⁽³¹⁾. È significativa a questo proposito, non solo nel quadro delle circostanze, la citata aggravante della finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento democratico ⁽³²⁾, che diviene addirittura premessa di un regime sanzionatorio alternativo rispetto a quello ordinario delle circostanze.

³¹ MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 8.

³² Si veda sul punto: G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 della legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Leg. pen.* 1980, p. 36 ss.

La tensione verso la costruzione di un diritto penale misto ci pone allora innanzi a due modelli contrapposti di soggettività. Le componenti psicologiche del diritto penale paiono infatti uniformarsi a due distinte concezioni della "rivolta contro l'ordinamento giuridico penale". Da un lato abbiamo la colpevolezza per l'evento, che ha come oggetto l'imputazione del fatto offensivo, prende in considerazione il *momento motivazionale*, appresta come garanzia per il reo il limite rappresentato da quanto non è dominabile, e si fonda quindi sull'impossibilità di muovere un rimprovero quando non si è potuto agire diversamente.

D'altro lato abbiamo l'agire finalistico e l'agire consequenziale ad uno stile di vita che, invece, hanno ad oggetto la condotta nel suo manifestarsi come soggettivamente indirizzata verso un risultato o come soggettivamente causata dal modo di essere.

Se invece, come si ritiene, deve porsi al centro dell'illecito penale come elemento imprescindibile la necessaria offesa al bene giuridico, l'azione avrà rilievo sia nel suo essere causalmente orientata sia nel suo essere motivata in un certo modo ⁽³³⁾.

³³La colpevolezza assume dunque valore funzionale in relazione all'intera gamma delle conseguenze ivi compreso il quantum della pena. Si vedano sul punto: DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p.257; MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa*, cit., p. 466; PULITANO', *Il principio di colpevolezza*, cit., p.521 s. In particolare il Pulitanò sottolinea l'aspetto funzionale del principio di colpevolezza il quale, cos  come presuppone la commissione colpevole dell'illecito allo stesso modo deve portare ad una commisurazione della pena rapportata alla concreta colpevolezza. Il fondamento del rimprovero penale   dunque, allo stesso tempo, il limite della coercizione ammissibile. Solo in tal modo in principio funge fino in fondo da garanzia di libert  e dignit  della persona umana nei confronti dell'autorit  statale. E' evidente, infatti, che il giu-

Non può allora ritenersi appagante il mero richiamo ad una concezione mista del reato che tutto potrebbe giustificare, se si vuol cogliere la profonda differenza esistente fra le varie forme di soggettività. Deve segnalarsi al riguardo che le stesse impostazioni tendenti a valorizzare i disvalori soggettivi estranei al processo motivazionale normalmente intendono l'illecito penale sotto un duplice aspetto: primariamente come *disvalore «personale» dell'azione* fondato tramite l'atto finalistico contrario al divieto, e secondariamente come *disvalore «causale» dell'evento* basato sulla causazione dell'evento delittuoso ⁽³⁴⁾.

Qualunque sforzo ricostruttivo deve allora tenere ben distinte le differenti manifestazioni di soggettività, soprattutto laddove si tratta di evidenziare le contrapposte tensioni alle quali si mostrano funzionali. Tanto più che, sull'impegnativo fronte delle garanzie per l'individuo tali tensioni potrebbero

sto rapporto fra libertà ed autorità sarebbe ugualmente spezzato, sia attraverso la punizione per fatti incolpevoli, sia attraverso punizioni eccessive rispetto alla misura della colpa. Anche questa esigenza di proporzione è quindi assunta nel nostro sistema costituzionale, come necessario riflesso dei connotati strutturali e funzionali indicati per la responsabilità penale. "La «personalità» della responsabilità - prosegue l'Autore - viene a limitare, oltre che la possibile area del rimprovero, anche l'area delle conseguenze del rimprovero: si «risponde» nella misura (entro la misura) che la «personale» realizzazione dell'illecito può giustificare". Si veda al riguardo la posizione critica di: NUVOLONE, *Pena (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p.804.

³⁴Si veda: GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs* in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag*, München, 1979 p. 155 ss. (traduzione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p.447 ss.).

trovarsi su versanti contrapposti qualora, svalutato il ruolo dell'evento naturalistico e dell'offesa al bene giuridico e attribuito all'azione soltanto il compito di assumere valore sintomatico della "ribellione", il compito della colpevolezza venisse in larghissima misura svuotato della sua idoneità ad esprimere il rimprovero per un'effettiva lesione.

E' ovvio che i pericoli più significativi di spingersi verso disvalori soggettivi che accentuano la ribellione e lo stile di vita del reo si presentano soprattutto laddove una particolare finalità dell'azione distingue un fatto lecito da un fatto illecito, in quanto l'atteggiamento soggettivo diviene elemento che determina e quindi individua l'intero disvalore del reato.

Anche per le circostanze il pericolo esaminato può essere presente e tale preoccupazione necessita di essere verificata concretamente all'interno dell'ordinamento, non solo in considerazione della necessità di accertare il rispetto del principio di offensività, ma anche in relazione alla possibilità di superare con le circostanze i limiti edittali di pena previsti per il reato.

Non può tuttavia ritenersi preclusa al legislatore la possibilità di dar rilievo alla valutazione di elementi costruiti in chiave di personale e prefissati in astratto in funzione del loro contenuto aggravatore, ancorché siano privi di collegamento diretto con l'evento e l'offesa al bene tutelato dal reato (es.: recidiva).

Le premesse, anche se non consentono in questa sede né ulteriore approfondimento né verifica nel sistema in rapporto a tutte le circostanze previste in ordine all'irragionevole introduzione o estensione di disvalori soggettivi, evidenziano tuttavia come il contenuto delle singole circostanze si collochi all'interno del fondamentale nodo dei rapporti fra oggettività e soggettività nel diritto penale.

5. Iniziamo col prendere in considerazione elementi di natura oggettiva che introducono sia disvalori d'evento che disvalori d'azione contenuti in alcuni importanti gruppi di circostanze.

Tutte le aggravanti previste dall'art. 61 c.p., ad eccezione di quelle dei motivi (n. 1), del nesso teleologico (n.2) e della colpa cosciente (n.3) hanno elementi oggettivi all'interno della struttura.

In un gruppo di circostanze l'azione criminosa viene autonomamente considerata in rapporto a specifiche *modalità*, al di fuori del suo orientamento causale rispetto all'evento, ma ciò non significa che il disvalore subisca un'anomala soggettivizzazione.

Per verificare se ricorra l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà verso le persone (n.4), si impone l'individuazione di un atteggiamento esteriore, ed il disvalore si incentra sull'aver tenuto una condotta dalla connotazione essenzialmente disumana, senza che tale caratteristica abbia ostacolato il perseguimento del risultato descritto dal fatto di reato con modalità che rappresentano un di più rispetto ai mezzi necessari per la produzione dell'evento.

L'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa (n.5) impone di individuare tali "circostanze" anche se si stigmatizza il riprovevole processo motivazionale dell' "avvantaggiarsi intenzionalmente" dell'altrui debolezza per compiere il reato.

La commissione del reato durante la latitanza impone di individuare, su un piano oggettivo, un delimitato ambito temporale. Il momento in cui il reo tiene la condotta viene tuttavia elevato a circostanza tipica all'art.61 n.5 per evidenziare nel reato una situazione di grave ribellione all'ordina-

mento. Tale accentuazione soggettivistica riceve invece un ridimensionamento che la riconduce nell'ambito del disvalore oggettivo nella circostanza prevista dall'art.576 n.3 c.p. dove si aggrava l'omicidio se il reato è commesso in situazioni in larga misura analoghe per sottrarsi alla cattura o per procurarsi i mezzi di sussistenza.

Le aggravanti previste dai nn.9 e 11 impongono di individuare l'elemento oggettivo rappresentato dai poteri, doveri, qualità, relazioni ecc., e si incentrano sul fatto commesso "con abuso" il cui disvalore d'azione mantiene una forte connotazione oggettiva insita nel processo motivazionale contraria a specifici doveri. Emerge allora un quadro nel quale il disvalore è individuato non solo dal reato, ma anche dall'oggettiva violazione di un obbligo effettuata da un soggetto in posizione di "garanzia". Si sottolinea dunque che la situazione rende più facile e più odiosa la commissione del reato perché, nel motivarsi ad agire il reo travalica consapevolmente una diffusa aspettativa di legittimità del comportamento (n. 9) o di correttezza (n. 11) e si avvantaggia di una posizione di supremazia che rende più agevole il risultato e meno rischiose le possibili conseguenze.

L'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale nell'atto o a causa dell'adempimento delle sue funzioni impone di valutare, su di un piano materiale, la qualifica ricoperta dal soggetto e la direzione dell'azione. È evidente allora che il disvalore dell'aggravante non si risolve solamente nell'apprezzamento di un atto di ribellione all'autorità, ma tende a stigmatizzare il dato oggettivo ⁽³⁵⁾ di un reato commesso ai

³⁵ Appare talora necessario, nelle tipologie indicate, rivedere la formulazione per espungere possibili "sbavature" soggettivistiche.

danni di un soggetto che assume funzione di "garanzia" rispetto alla tutela, in atto, di certi beni.

Anche in ipotesi nelle quali è evidentissima la valorizzazione dell'evento vengono talvolta inseriti momenti che concernono l'azione ed uno specifico processo motivazionale.

L'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (n.7), pur attenendo principalmente all'evento dei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, è infatti estesa anche ai "delitti determinati da motivi di lucro" nei quali evidenzia, ad un tempo, la valorizzazione di un motivo a delinquere e la possibilità di valutare conseguenze diverse rispetto all'evento che caratterizza la struttura del singolo reato (es.: falso in testamento olografo determinato da motivi di lucro e che causi una grave perdita patrimoniale per il vero erede) ⁽³⁶⁾.

Ad analoghe conclusioni deve giungersi per l'ipotesi di aggravamento o tentato aggravamento delle conseguenze del reato ⁽³⁷⁾, nella quale può rilevare, non solo la "quantità" dell'offesa tipica che viene volontariamente aggiunta o dilata (o che si tenta di aggiungere o dilatare), ma anche l'aggravamento (o il tentato aggravamento) di effetti dannosi diversi rispetto a quelli individuati dall'evento (es: il gesto vandalico compiuto sulla cosa sottratta dopo la consumazione del furto).

³⁶ Cfr.: CONTIERI, *Falso in atto pubblico ed aggravante del danno patrimoniale di particolare gravità*, in *Riv. pen.*, 1970, I, p. 435 ss., in particolare p. 437.

³⁷ PROSDOCIMI, *Osservazioni sull'aggravamento o tentato aggravamento*, cit., p. 522 ss.

Anche il sostrato materiale delle aggravanti speciali, e cioè previste per singoli reati o per gruppi di reati, pone in luce sia momenti di valorizzazione dell'evento, sia disvalori costruiti sull'azione che non perdono il loro carattere oggettivo, sia, talvolta momenti soggettivi.

Evidenziano elementi tipicamente oggettivi le numerose aggravanti dell'incendio e del danneggiamento seguito da incendio, indicate dall'art. 425 c.p.. Tali circostanze, tutte introdotte dalla preposizione "su", individuano specifici oggetti materiali della condotta. Siccome la struttura delle fattispecie di incendio è incentrata sull'evento naturalistico, il contenuto materiale delle aggravanti esprime una significativa selezione di situazioni che, se è cagionato l'evento-incendio, sono espressione di un maggior disvalore. Talvolta tuttavia l'espressione poco puntuale (es.: depositi di merci) rende meno evidente l'articolazione dell'offesa cui si è voluto accordare maggior tutela, rendendo problematica l'individuazione di un arricchimento del disvalore del reato semplice.

Assai più complessa si presenta l'individuazione dell'elemento materiale nel quadro "dell'intricata e pletorica maglia di aggravanti" del furto individuate dall'art. 625 c.p. (38). Le circostanze indicate dai numeri 1, 2 e 4 sono costruite come condotte vincolate, che tuttavia sono poste in rapporto strumentale con l'evento. Introdursi o trattenersi in luogo di abitazione, usare violenza sulle cose o mezzo fraudolento, usare destrezza o strappare la cosa di mano o di dosso alla persona

³⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 66 ss.; PALAZZO, *Considerazioni sulla compatibilità fra le aggravanti dell'esposizione alla pubblica fede e dell'uso della violenza o di mezzi fraudolenti e sulla compatibilità fra reato continuato e aggravante teleologica*, in *Temi*, 1971, p. 162 ss.

individuano azioni furtive. Il vincolo alla condotta non introduce un disvalore soggettivo, ma arricchisce quello obiettivo, o perché si reca offesa anche ad altro bene come nel caso del furto in abitazione ⁽³⁹⁾, o perché si soverchia la resistenza della cosa o se ne eliminano i ripari posti a protezione, o perché si sorprendono le difese che ordinariamente la persona pone per proteggere la cosa.

Nella circostanza indicata dal n. 3, l'elemento materiale è rappresentato dal portare in dosso armi o narcotici senza farne uso. L'autonomia di tale modalità dell'azione rispetto all'evento introduce un disvalore di azione fortemente oggettivizzato che manifesta però il limite di coprire, in maniera del tutto indifferenziata a causa dell'assenza di limiti strutturali nella fattispecie, sia situazioni nelle quali l'uso dell'arma o dei narcotici fa parte di un programma per conseguire il risultato criminoso, sia situazioni del tutto neutre rispetto a tale programma, specie in rapporto all'indeterminatezza dell'espressione *armi o narcotici* ⁽⁴⁰⁾.

³⁹ In giurisprudenza si parla di "nesso finalistico tra l'ingresso nell'abitazione della persona offesa e l'impossessamento da parte del colpevole della cosa mobile ad essa sottratta". Così: Cass. 11 febbraio 1988, in *Giust. pen.*, 1989, c. 226, m. 241; in dottrina cfr.: MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 200.

⁴⁰ Può ad esempio porsi il problema se sia arma ai fini dell'aggravante dell'art. 625 n. 3 qualsiasi strumento atto ad offendere ai sensi dell'art 585 c.p., e se sia narcotico qualsiasi tipo di sostanza con effetto soporifero o stupefacente. Risolve quest'ultima questione nel senso che la norma si riferisce solo alle sostanze idonee a togliere o diminuire la capacità di difesa o reazione: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, cit., p. 70.

Nelle aggravanti contenute nei numeri 6,7 e 8 l'elemento materiale è rappresentato dall'oggetto dell'azione, introdotto dalla preposizione "su". Alcuni di tali oggetti materiali sono indicati direttamente e la circostanza seleziona quindi alcune situazioni nelle quali è la *res furtiva* specifica di cui il reo si è impossessato ad accentuare il disvalore, come nelle varie ipotesi di c.d. abigeato (n.8). Nell'ipotesi di furto sul bagaglio dei viaggiatori (n.6) si mette a fuoco l'individuazione del disvalore materiale, indicando anche i luoghi in cui l'oggetto materiale deve trovarsi per integrare l'aggravante. Nell'aggravante prevista dal n. 7, l'individuazione dell'oggetto materiale del reato avviene invece attraverso l'utilizzazione di ampie categorie, mediante le quali si intende accentuare il disvalore oggettivo del furto che lede articolazioni del bene sia in funzione di una sua fruibilità collettiva, sia in rapporto all'impossibilità di apprestare maggiore difesa. L'utilizzazione di espressioni come "cose esistenti in stabilimenti pubblici" e cose "esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede" definisce però in maniera troppo incerta il disvalore che andrebbe meglio definito per conferirgli una più sicura caratterizzazione oggettivistica che sanzioni più gravemente l'evento quando reca un'offesa più significativa al bene tutelato.

La prima ipotesi del n. 5, rappresentata dal numero delle persone non inferiore a tre, inserisce il maggior disvalore insito nel reato commesso dalla *societas sceleris*, mentre le figure del travisamento e della simulazione di qualità pubblica rappresentano modalità criminose che tendono a punire con più rigore l'offesa al patrimonio realizzata con un'azione che unisce l'impossessamento alla frode.

La valutazione del contenuto obiettivo di alcune fra le più importanti circostanze del reato ha evidenziato l'utilizzazione

dell'elemento accidentale, sia per valorizzare caratteristiche dell'evento, sia per introdurre articolazioni della condotta che arricchiscono la fattispecie di ulteriori elementi che ne accentuano il disvalore oggettivo, pur non mancando figure nelle quali permangono spazi che potrebbero far scivolare l'applicazione verso la valorizzazione di disvalori soggettivi.

Le aggravanti che esprimono un disvalore oggettivo si confanno dunque, sulla base di quanto si è premesso, alla tecnica legislativa della previsione di coefficienti di colpevolezza in via generale raggruppando tali circostanze in base a tratti comuni volti a preselezionare quale sia o quali siano i coefficienti in grado di garantire il rimprovero per l'elemento materiale introdotto. A tali coefficienti potranno aggiungersi nelle singole circostanze anche elementi soggettivi specifici che si affiancano alla previsione generale purché ne ridisegnino *in chiave di colpevolezza* costruita sul processo motivazionale la componente psicologica (abusare di ..., profittare di ..., ecc.).

L'aspetto più problematico dell'operazione consiste, in tal caso, nell'operare la separazione fra coefficienti specifici di colpevolezza e disvalori soggettivi non conformi ai principi del nostro ordinamento.

6. L'individuazione di disvalori soggettivi già all'interno di circostanze caratterizzate dalla presenza di elemento materiale impone dunque cautela prima di affermare, in rapporto a tali disvalori, la ricorrenza di esigenze di colpevolezza *negli stessi termini* di quando si è in presenza di elementi da riconnettere sicuramente all'evento ed alla lesione del bene. Ben può affermarsi che in talune circostanze l'elemento materiale è tanto facilmente apprezzabile, quanto sicuramente espressione di disvalore soggettivo. Si pensi agli evidentissimi esempi della recidiva così come è ora costruita (art. 99 c.p.)

e dell'ubriachezza abituale (art. 94 c.p.), in cui le precedenti condanne e lo stato di frequente ubriachezza rappresentano pur sempre dati obiettivi. Oppure all'aggravante dell' "aver agito per timore di un pericolo, al quale il colpevole aveva un particolare dovere giuridico di esporsi" prevista dall'art. 47 n.1 del c. p. m. p. nel quale l'elemento normativo del dovere giuridico di esporsi al pericolo rappresenta, a sua volta, un dato apprezzabile sul piano materiale.

Le precedenti considerazioni consentono ora di valutare, fra le altre, anche le c.d. circostanze a contenuto psicologico per le quali occorrere chiedersi preliminarmente se esse rappresentino oppure no un "contenuto colpevole" che si aggiunge a quello previsto che caratterizza il reato semplice.

Deve ritenersi che alcune delle circostanze in esame inseriscano nella fattispecie elementi che definiscono in forma più precisa la volontà che sorregge l'azione che il reo indirizza alla lesione del bene giuridico ed accentuino nello stesso tempo la descrizione dei caratteri esterni dell'illecito definito dal reato semplice.

Ci si trova dunque in presenza di fenomeno vicino a quello che, nella valutazione degli elementi del reato, va sotto il nome di doppia posizione del dolo. Tale elemento, in quanto determina la direzione del comportamento rende tipica l'azione, in quanto momento terminale del processo di motivazione, attiene alla colpevolezza ⁽⁴¹⁾. In rapporto alla struttura dell'illecito il dolo è portatore del senso di contrapposizione dell'azione rispetto alla norma, in rapporto alla colpevolezza è portatore del disvalore rappresentato dall'atteggiamento soggettivo rapportato al fatto ⁽⁴²⁾.

⁴¹ Cfr.: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 192.

⁴² JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 194.

Già si è rilevato come le aggravanti della *recidiva* e dei *motivi abietti o futili* presentino una notevole sfasatura fra il loro contenuto significativo e l'addebito solo se conosciute o conoscibili. Si è ora in grado di affermare che tale sfasatura discende direttamente dal tipo di disvalore personale che esse rappresentano e dalla sua tensione problematica col principio di colpevolezza.

Il disvalore soggettivo introduce dunque un elemento di primaria importanza per definire i rapporti fra il sostrato tipico della circostanza ed il principio di colpevolezza. Tale disvalore appare in perfetta sintonia col principio in questione laddove la circostanza va ad esprimere un particolare animus motivante del soggetto (abusare, profittare, agire con, al fine di, ecc.) in rapporto alla condotta o all'evento, e dunque all'elemento materiale del reato, o ad un particolare sostrato oggettivo aggiunto dalla circostanza, ma pur sempre consistente in una "condotta" o in un "evento". *Il disvalore personale entra viceversa in potenziale tensione col principio tutte le volte in cui la circostanza abbandona l'aggancio col fatto materiale, o introduce elementi sintomatici quali indici diretti di un dato di "personalità".*

Valutando nella prospettiva indicata le aggravanti comuni previste dall'art. 61 c.p., si nota che la circostanza prevista dal n. 2 valorizza, anche nell'espressione verbale un momento motivazionale rappresentato dalla finalizzazione del reato stesso ad eseguirne ed occultarne un altro, ovvero a conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto, il profitto, il prezzo o l'impunità di un altro reato. Accanto al disvalore proprio della singola figura criminosa, la circostanza valuta anche quello soggettivo in presenza di certe finalità, tutte in-

centrate sulla connessione teleologica con altro reato. Si avverte nella circostanza una tensione ad esplicitare un momento motivazionale (commissione di altro reato) che non arricchisce il disvalore dell'azione e si presta a più di una censura, sia sul piano dell'offensività (siamo in presenza di una circostanza-scopo), sia su quello del disvalore (l'aumento di pena per la connessione teleologica duplica le conseguenze del secondo reato senza richiedere di accertare se la somma dei due reati aumenti il disvalore), sia su quello della colpevolezza (se il reato scopo non è commesso il reo subisce un aggravamento di pena per l'intenzione di commetterlo) sia su quello della coerenza del sistema (per la concorrenza con le norme sul reato continuato) ⁽⁴³⁾

L'aggravante della colpa cosciente (n.3), invece, non appare portatrice di un disvalore in termini di finalismo soggettivo dell'azione, ma in termini di rimprovero per la causazione dell'offesa al bene giuridico nonostante la rappresentazione della possibilità che da una certa condotta, che in concreto viene posta in essere, possa scaturire l'evento.

Un posto a parte compete nel quadro dei disvalori soggettivi alle aggravanti *inerenti alla persona del colpevole* ⁽⁴⁴⁾ di-

⁴³ Cfr.: CARACCIOLI, *Sul problema della sopravvivenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n.2 c.p. (tra mini-riforma e progetto di riforma del codice penale)*, in *Riv. pen.*, p. 3 ss.; G. A. DE FRANCESCO, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 103 ss.; PALAZZO, *Considerazioni sulla compatibilità fra le aggravanti*, cit., p. 176 ss.

⁴⁴ Sul punto si veda: MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione*, cit. p. 122 ss. il quale conclude che "l'ascrizione subiettiva, specie nelle ipotesi in cui il fattore di aggravamento sia costituito da un'entità cronologicamente distinta dal fatto" rappresenta "un surrogato della stessa forma di responsabilità oggettiva occulta che interessa il reato base". La qualifica circostanziale di tali elementi è da più autori contestata sulla base del rilievo

sciplinate dal codice nel capo "della imputabilità". Tali figure rappresentano indici diretti di valutazione della personalità del reo, in relazione ai quali conoscenza e conoscibilità, anziché rendere dominabile il sostrato tipico, introducono una sfasatura nel significato che tali figure assumono nel sistema. Rientrano nel novero delle fattispecie di cui ci occupiamo le aggravanti concernenti: l'ubriachezza preordinata (art. 92/2 c.p.), l'ubriachezza abituale (art.94/1 c.p.), il reato commesso sotto l'azione di stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze (art. 94/3 c.p.).

Nelle circostanze inerenti alla persona del colpevole e connesse con l'uso di bevande alcoliche e di sostanze stupefacenti ⁽⁴⁵⁾, ricorrono taluni contenuti soggettivi tipici. Così nell'ubriachezza preordinata il soggetto non può che essere consapevole, ovviamente "in causa", di agire al fine di commettere un reato o di prepararsi una scusa, nell'ubriachezza abituale il reo non può non essere consapevole di essere persona che si trova frequentemente in stato di ubriachezza essendo dedito all'uso di bevande alcoliche, e nel reato commesso sotto l'azione di stupefacenti il reo sa di essere dedito a tali sostanze.

Le circostanze in esame trovano di certo uno dei loro fondamenti nella pericolosità sociale del reo e risentono dunque fortemente di esigenze di politica criminale che da sole però

che riguarderebbero il reato e non il reo. A tale proposito il PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p.190, sottolinea come, su un piano delle categorie codicistiche, la qualificazione circostanziale non appaia contestabile e che quindi il dibattito vada delimitato alla sfera di qualificazione sistematica o politico criminale di tali elementi, che non pretenda però di interferire sul diritto positivo.

⁴⁵ Cfr.: MILITELLO, *Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata e principio di colpevolezza*, in *Giudizio di colpevolezza*, cit., p. 477 s.

sono insufficienti per imporre un aumento di pena. Proprio per questo la dottrina si è a lungo occupata ⁽⁴⁶⁾ dell'individuazione di una loro giustificazione che porti lontano da insidiose interpretazioni che facciano perno su una colpa d'autore connessa allo specifico stile di vita a cui ricollegare una più accentuata afflittività della sanzione.

Elemento caratterizzante delle circostanze in questione è rappresentato dal dar rilievo ad un antefatto della commissione del reato. Nell'ubriachezza preordinata tale elemento è costituito dall'assunzione di sostanze al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa; nell'ubriachezza abituale la vicenda precedente al reato è costituita dall'essere il reo dedito all'uso di bevande alcoliche; nell'aggravante dell'uso di stupefacenti il soggetto deve già prima del reato essere dedito a tali sostanze.

Di nessun aiuto all'interprete può essere la disciplina delle circostanze in esame nel quadro dell'imputabilità. L'unico collegamento che tali figure presentano con l'imputabilità è costituito infatti dalla medesima concezione di politica criminale che sorresse nel 1930 l'intervento nei confronti dell'abuso di alcool e stupefacenti ⁽⁴⁷⁾

⁴⁶ Cfr.: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 685 s.

⁴⁷ Esula dunque completamente dal tema dei rapporti fra imputabilità e colpevolezza sul quale si vedano: BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961; PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 302 s. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 244 ss. È critico nei confronti delle posizioni che allargano la sfera della colpevolezza, sino a comprendervi momenti antecedenti rispetto all'attività tipica: MILITELLO, *Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata*, cit., p. 502.

Per le aggravanti inerenti alla persona del colpevole appare dunque evidente l'esclusivo significato nell'ordinamento quali indici diretti di disvalore soggettivo, che pare contenere implicito un maggior rimprovero per lo stile di vita e che quindi ci allontana da una concezione della colpevolezza funzionale a garantire il rimprovero per un fatto che poteva essere conosciuto ed evitato.

Non ci pare allora nemmeno che un coefficiente di maggior rimprovero per il fatto commesso possa essere fatto discendere, nelle aggravanti dell'ubriachezza abituale o dell'essere dedito agli stupefacenti (art. 94 c.p.) dalla coscienza critica che deve suscitare l'aver tenuto certi comportamenti in passato, e che invece non sarebbe stata di stimolo sufficiente, tanto che il reo ha tenuto il comportamento criminoso condizionato da tali comportamenti. Tale stimolo è così valutabile - sia pur problematicamente - nella recidiva in cui si prende in considerazione una precedente risposta sanzionatoria dell'ordinamento, ma non nelle altre aggravanti citate, dove il reo ha davanti a sé soltanto il proprio stile di vita.

Ci pare dunque che le c.d. aggravanti dell'imputabilità non abbiano ricevuto un arricchimento in termini di colpevolezza dalla recente riforma ed abbiano un contenuto sintomatico che fa diretto riferimento al disvalore rappresentato dallo stile di vita del reo. Tale caratteristica fa ritenere ragionevole che si giunga alla loro eliminazione dall'ordinamento.

Nella parte speciale del codice penale ha contenuto esclusivamente psicologico l'aggravante della premeditazione (art 577 n.3 c.p.). Tale circostanza può assumere rilievo come forma massima di intensità del dolo, e cioè come elevatissima consapevolezza dell'offesa arrecata al bene giuridico, o, invece, come riprovevolezza massima in termini di finalismo soggettivo se si accentua un contenuto mirante a ricostruire la

freddezza d'animo, il permanere di uno stato passionale e quindi le qualità riprovevoli del reo ⁽⁴⁸⁾.

La valutazione, a titolo esemplificativo, dei contenuti di disvalore espressi da alcune fra le più significative circostanze, evidenzia dunque come sia riduttivo assegnare a coefficienti di imputazione come la conoscenza e la conoscibilità la funzione di garanzia per un loro generalizzato addebito colpevole. Se tali coefficienti appaiono in sintonia col contenuto significativo della circostanza laddove la stessa esprime un disvalore oggettivo, gli stessi coefficienti perdono significatività in molti casi in cui la circostanza esprime un disvalore soggettivo.

Proprio perché esprimono tale disvalore, dunque, talune circostanze presentano un problematico rapporto con conoscenza e conoscibilità mentre altre circostanze con autonomo contenuto psicologico paiono dover prescindere completamente dagli elementi della conoscenza e della conoscibilità.

Sulla base di tali premesse ci pare che il problema dell'individuazione di coefficienti soggettivi adeguati al contenuto significativo delle circostanze comporti la definizione di percorsi differenziati di intervento.

A) Da un lato l'esigenza garantista della colpevolezza porta a richiedere un *nesso psichico* e cioè quanto meno una "colpa" con puntuali contenuti da definire (*si veda il quinto capitolo*) laddove la circostanza manifesta un *disvalore oggettivo* e

⁴⁸ Si veda l'ampia ricostruzione operata da CONTIERI, *La premeditazione*, Napoli, 1952, il quale rapporta la premeditazione alla graduazione del giudizio di colpevolezza, in quanto la qualità della decisione di essersi mantenuta costante per un intervallo di tempo di un certo rilievo, importa una serie permanente di atteggiamenti psichici di contrarietà al dovere (ivi, p. 100).

tale nesso psichico deve essere in grado di coinvolgere sia il momento conoscitivo di quanto esiste al momento della condotta che quello rappresentativo di quanto può scaturire dalla condotta. Tale nesso psichico, in taluni casi, potrebbe essere sempre di carattere reale, e non alternativamente reale o potenziale. Tale punto sarà approfondito nel capitolo successivo.

B) Dove la circostanza esprime invece disvalori soggettivi occorre verificare preliminarmente se non si dia ingresso, sempre o in alcuni casi, a fattispecie di mera ribellione, di colpa d' autore o per lo stile di vita ⁽⁴⁹⁾ che non dovranno comunque trovare spazio nell'ordinamento. Nei casi in cui disvalori soggettivi incompatibili col nostro ordinamento si affiancano a situazioni che esprimono colpevolezza dovrà procedersi agli opportuni *aggiustamenti di disciplina* per far prevalere quest'ultima.

Si mostrano significative di un'analogia operazione di perfezionamento e di "limatura" delle fattispecie le modifiche apportate nella Repubblica federale tedesca ad alcune figure maggiormente gravi del furto con la riforma dello StGB del 1975 ⁽⁵⁰⁾.

L'aggravante dell'arma ricorreva in precedenza ai sensi del 243 n. 5 "se il ladro o uno dei complici portavano armi al momento dell'infrazione", mentre dopo la riforma la figura é inserita nel successivo 244 ai nn.1 e 2, fra i "casi gravi" ed

⁴⁹ Si pensi alle aggravanti in tema di imputabilità.

⁵⁰ Sul differente significato che assumono nel sistema le circostanze aggravanti italiane ed i fatti gravi del codice penale tedesco si veda il capitolo successivo.

assume una struttura maggiormente articolata. Si evidenzia infatti, innanzitutto, la distinzione fra arma da fuoco ed altre armi. Mentre la presenza dell'arma da fuoco portata dal reo o da altro compartecipe identifica un'ipotesi grave a sé stante, negli altri casi si assiste, rispetto alla disposizione precedente, sia all'eliminazione della rilevanza dei casi in cui l'arma non è in connessione col furto, sia alla finalizzazione della presenza dell'arma come strumento la cui utilizzazione è stata messa in conto per la realizzazione dell'evento. Tale ultima previsione ricorre ora nello StGB quando il reo "commette un furto, nel corso del quale lui stesso o un altro compartecipe porta su di sé un'arma, o ogni altro strumento o mezzo per impedire o travolgere la resistenza altrui con la violenza o la minaccia della violenza".

E' stata inoltre eliminata, con la riforma dello StGB del 1975, l'aggravante del furto in abitazione, che era fortemente caratterizzata in termini di minorata difesa, poiché ricorreva se il furto era stato commesso "nottetempo in un edificio abitato nel quale il colpevole si era introdotto clandestinamente o si era tenuto nascosto nella prospettiva di rubare, ancorché al momento del furto non vi fosse nessuno nell'edificio".

Parimenti è significativa l'introduzione di una figura di furto avente ad oggetto beni destinati ad essere fruiti dalla collettività, prima assente nell'ordinamento tedesco. Tale oggetto di tutela viene tuttavia perseguito attraverso elementi costitutivi della fattispecie assai diversi rispetto a quelli del codice italiano, dove si presentano a maglie troppo larghe e con una *ratio* che rimarca la qualità "pubblica" in quanto tale e non in funzione di specifici oggetti materiali. Nel nostro ordinamento ricorrono elementi (art. 625 n.7 c.p.) quali l'"ufficio o stabilimento pubblico", la "pubblica fede", il "pubblico servizio" o la "pubblica utilità", che finiscono col ricom-

prendere anche oggetti che possono non aver alcun significato nella prospettiva di articolare l'offesa in funzione della fruizione collettiva di un certo bene, col rischio di perseguire maggiormente un disvalore che si incentra nel realizzare l'azione essenzialmente in certi luoghi o in certe condizioni. Gli oggetti del furto che colpiscono beni significativi per la collettività vengono espressamente indicati nello StGB, ed il furto rientra nei casi gravi (243 n.5) quando viene sottratta " una cosa importante per la scienza, l'arte o la storia, o per lo sviluppo tecnologico sita in una raccolta accessibile al pubblico o esposta al pubblico".

C) In relazione alle circostanze che esprimono disvalori d'azione che non vanno ad integrare un nesso psichico rapportato agli elementi costitutivi tipici del reato (abusare, profittare, ecc.) si mostra talvolta necessario un aggiustamento di disciplina per ancorare in maniera sicura al processo motivazionale i coefficienti soggettivi che vengono introdotti.

La caratteristica di operazione "al buio" rappresentata da un intervento legislativo che si limita a richiedere un coefficiente di tipo conoscitivo per tutto ciò che è materiale nelle attuali circostanze, si evidenzia qui in maniera particolarmente chiara. Si lasciano nell'ordinamento talune circostanze di scarsa significatività, e quindi non si interviene su un eccesso di tipicizzazione così come, per altro verso, non si espungono dall'ordinamento circostanze che manifestano un'inaccettabile disvalore soggettivo connesso allo stile di vita e si confermano infine senza un adeguato coefficiente di rimprovero le fattispecie connesse con le conseguenze della condotta e quelle che rappresentano indici diretti di valutazione della gravità del reato.

7. L'indagine volta ad individuare le esigenze di colpevolezza delle circostanze, nel procedere, è venuta ad assegnare primaria importanza alle figure che esprimono un disvalore oggettivo. È in rapporto a tali fattispecie che si pone principalmente il problema di definire regole volte ad evitare che gravino sul reo le conseguenze di elementi non conoscibili, non prevedibili e non evitabili della condotta.

Per le circostanze che esprimono disvalori soggettivi inerenti alla persona del colpevole o ai motivi a delinquere si pone invece il problema di conservare nell'ordinamento solo quelle che rendono possibile una lettura in termini di rimprovero soggettivo che non si appunti allo stile di vita, al modo di essere, a quello che il reo è diventato. Per le altre circostanze che esprimono disvalori soggettivi occorre far riferimento alla singola circostanza e costruire all'interno della stessa uno specifico coefficiente psicologico.

La ricerca di coerenti coefficienti di colpevolezza nel novero delle circostanze non pare, a questo punto, poter prescindere da un ulteriore approfondimento avente ad oggetto la *funzione* assunta nel sistema dall'elemento aggravatore. Il contenuto delle circostanze ora indicate, come si pone in rapporto a quello del reato semplice e del reato circostanziato nel suo complesso?

La variazione di pena oltre ad avere un proprio *fondamento sostanziale* mirerà anche ad un certo *risultato funzionale*. Anche quest'ultimo interferisce con la colpevolezza ed occorre quindi procedere ad un adeguato approfondimento in quanto le variazioni di pena non appaiono riconducibili nell'ordinamento alla medesima esigenza.

Innanzitutto la pena potrebbe variare oltre il quadro editale, fornendone al giudice uno diverso, rappresentato da nuovi minimo e massimo rispetto al reato semplice.

Secondariamente la pena potrebbe variare entro il quadro edittale perché la norma impone al giudice, di modificare la quantificazione in concreto della pena, rispetto a quella del reato semplice.

La variazione della pena potrebbe poi derivare da una norma che impone al giudice, dopo aver valutato la ricorrenza in concreto degli elementi costitutivi e prima di passare alla quantificazione della pena, di prendere in considerazione altri elementi che, pur al di là di quelli costitutivi, specificano e quindi arricchiscono la fattispecie, ponendosi quale presupposto per una diversa pena.

La variazione di pena potrebbe derivare infine da una norma che, anziché lasciare libero il giudice, come avviene di regola, di individuare in concreto il contenuto significativo dei criteri di quantificazione, glielo prefissi per taluni di essi in astratto, elevando il criterio di quantificazione, in presenza di certi requisiti, a circostanza tipica (ad esempio elevando il minimo, ma lasciando inalterato il massimo edittale).

Dalle varie esigenze che possono portare a variare la pena, potranno derivare fattispecie che presentano differenti problemi anche in rapporto al coefficiente soggettivo di rimprovero.

Un definitivo adeguamento del sistema al principio costituzionale della responsabilità colpevole dovrà dunque fare i conti anche con le differenti funzioni che le variazioni di pena assumono nel sistema. La centralità dell'argomento impone un'autonoma trattazione che forma l'oggetto del capitolo successivo.

Circostanze del reato e principio di colpevolezza

CAPITOLO QUARTO

LA FUNZIONE DELLE CIRCOSTANZE NEL SISTEMA E LE CONSEGUENTI ESIGENZE DI COLPEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. Circostanze e modelli di variazione della pena in astratto e in concreto. 2. Efficacia comune, efficacia speciale e loro conseguenze sulla pena nella disciplina vigente. 3. La contrapposizione tra efficacia comune ed efficacia speciale e tra quantificazione della pena e specificazione del reato. 4. L'avvicinamento fra previsione astratta e fatto concreto come esclusivo obiettivo dell'attuale sistema delle circostanze. 5. La neutralità del contenuto circostanziale rispetto alla funzione specificativa e quantitativa. 6. Struttura e funzione degli "accidentalia delicti" negli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo e loro collocazione nel sistema. 7. Le differenti esigenze di colpevolezza a seconda del ruolo specificativo o quantitativo delle circostanze.

1. La caratteristica delle circostanze di far variare la pena in presenza di un elemento predeterminato appare sottendere diverse possibili funzioni, ognuna delle quali dovrebbe poter essere "leggibile" nella disciplina legislativa.

Gli studi sull'istituto, ancorché non concordi nel definire i rapporti fra circostanze del reato e variazione della pena, hanno progressivamente portato l'argomento al centro dell'interesse della dottrina. La funzione degli elementi accidentali

del reato all'interno dell'ordinamento attuale si presenta però di difficile individuazione in quanto "l'area delle circostanze copre in forma tendenzialmente indistinta, due fenomeni assai diversi" (1). Tale difficoltà si è accentuata dopo le riforme dell'art 69 c.p. (1974) e dell'art. 63 c.p. (1984) (2)

Nelle circostanze con vivono infatti "in modo non armonico" esigenze di "adeguamento della pena al fatto" ed "esigenze di specializzazione e di estensione della tutela" (3)

Prima di passare a verificare come tali esigenze si siano manifestate occorre descriverne meglio la portata pur dovendosi precisare che, *de iure condendo*, lo sforzo di far convivere in modo armonico tali esigenze potrebbe seguire due percorsi completamente diversi. Da un lato sarebbe possibile operare una netta distinzione fra le circostanze che assumono un ruolo specificativo della tutela da quelle che assumono la funzione quantitativa del trattamento sanzionatorio (4)

D'altro lato sarebbe possibile abbandonare l'attuale sistema delle circostanze prevalentemente "tipiche" per passare ad un sistema di "fatti gravi" che si accompagnano a talune fattispecie semplici e comportano il passaggio ad un più severo quadro edittale, eliminando le circostanze comuni previste in parte generale e subordinando l'applicabilità del nuovo quadro edittale ad un preventivo giudizio di maggiore gravità,

¹ PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192.

² PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 23 ss. e 253 ss.

³ PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192.

⁴ Sul punto si veda: DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 248 ss.

del quale gli elementi tipici indicati dalla norma sono soltanto dei possibili indici ⁽⁵⁾.

Si contrappongono in dottrina ricostruzioni che assegnano alle circostanze, nell'ordinamento italiano, un ruolo specificativo di elementi che già rilevano o sul piano dell'individuazione della fattispecie astratta (es.: art. 625 n.7 c.p., cosa esposta alla pubblica fede come specificazione di "cosa mobile") oppure, viceversa, su quello della quantificazione della pena (es.: art. 61 n.7 c.p., danno di rilevante gravità come specificazione della "gravità del danno" individuata dall'art. 133 c.p.) ⁽⁶⁾.

L'affermazione suddetta non appare tuttavia di particolare utilità per distinguere fra loro *de iure condito* le circostanze. Gran parte delle fattispecie che vanno ad integrare le circostanze possono infatti essere valutate sia come puntualizzazione di elementi costitutivi della fattispecie che di singoli indici di determinazione della pena.

Per contrapporre fra loro, in una prospettiva necessariamente *de iure condendo*, le circostanze che adeguano la pena al fatto ⁽⁷⁾ e quelle che specializzano ed estendono la tutela,

⁵ È la soluzione adottata dallo StGB tedesco nel 1975. I vantaggi della soluzione furono specificamente valutati da DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht*, in *ZStW*, 1965, p. 220 ss.

⁶ Secondo STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 28 "le circostanze non sono in fondo che elementi tipici che permettono una migliore adeguazione della pena al fatto e alla personalità del reo". Secondo CONTENTO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 171, "le circostanze, considerate come fattispecie autonome possono definirsi come *indici di valutazione oggettiva del reato*". Valorizza la distinzione: DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p.191 s.

⁷ Per talune circostanze, in parte già individuate nei precedenti capitoli, si evidenzia già nell'attuale sistema l'impossibilità del contenuto ad atteggiarsi come specializzazione della tutela. Si tratta delle circostanze inerenti

non è tuttavia necessario procedere attraverso una contrapposizione di contenuti (8). È infatti possibile attraverso un percorso completamente diverso, individuare *opposti modelli di variazione della pena in funzione della presenza di elementi accidentali*.

Da un lato la pena potrebbe variare in *astratto*, per effetto dell'arricchimento della fattispecie con elementi che ne aggravano o ne attenuano il disvalore (circostanze specificative). Si tratterebbe, in questa ipotesi, di una *valutazione legale* del reato data dalla norma in funzione di un certo elemento predeterminato che ne aumenta o ne diminuisce la gravità. L'aumento o la diminuzione della gravità del reato si esprimerebbero quindi attraverso la diversa entità dei *quadri di pena*.

D'altro lato la pena potrebbe variare in concreto attraverso un'interferenza sul sistema ordinario di quantificazione fra il minimo e il massimo previsti dalla legge. All'interno del procedimento di individuazione del *quantum* in tale modello si affiancherebbe al sistema di valutazione sintetica dei parametri il *rilievo analitico* di alcuni elementi prefissati e di regola tipizzati (circostanze quantitative). In tal modo l'elemento accidentale verrebbe sottratto al giudizio complessivo e dovrebbe vedersi attribuire una specifica portata aggravatrice o attenuatrice, all'interno della cornice edittale (9).

alla persona del colpevole e di quelle che rappresentano indici diretti di valutazione del reato commesso.

⁸ Tale metodo, come si valuterà nel corso del presente capitolo, non solo non è necessario, ma non è nemmeno praticabile.

⁹ Approfondisce lo studio delle circostanze in tale prospettiva DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 144 e p. 157, contrapponendo *commisurazione giudiziale* della pena a *determinazione legale* della pena.

I due modelli teorici di variazione della sanzione in conseguenza di un elemento prefissato appaiono dunque avvicinarsi ai due fondamentali momenti della teoria della pena: la *comminazione* e l'*irrogazione*.

Così come in un ordinamento potrebbe farsi a meno sia delle circostanze specificative che di quelle quantitative, si potrebbero viceversa adottare solo le prime, demandando la quantificazione della pena unicamente al potere discrezionale del giudice, oppure solo le seconde e quindi rinunciare a variazioni dei quadri astratti della pena del reato in funzione di un elemento predeterminato. Potrebbero però utilizzarsi contemporaneamente ed in maniera armonica anche entrambi i modelli di circostanze.

La contemporanea adozione dell'uno e dell'altro modello dovrebbe comportare tuttavia conseguenze estremamente articolate sul piano della disciplina.

Andrebbe rigorosamente rispettato l'ordine di applicazione delle circostanze: prima di tutto dovrebbero intervenire quelle che fanno variare il quadro sanzionatorio astratto e poi, all'interno dei nuovi limiti, la pena dovrebbe essere individuata in concreto in base agli ordinari criteri di determinazione ed alla presenza di circostanze quantitative.

Le circostanze specificative dovrebbero avere l'*effetto caratterizzante* di far variare i quadri edittali; le quantitative quello di far variare la pena all'interno di tali quadri.

L'eventuale *bis in idem* fra circostanze specificative e quantitative dovrebbe essere risolto legislativamente a favore delle prime.

Le circostanze specificative, a differenza delle altre, dovrebbero far sentire comunque il loro peso senza possibilità di essere bilanciate con qualsiasi altra figura. Solo all'interno

del procedimento di commisurazione può infatti avvertirsi la necessità di rapportare fra loro elementi che aggravano e attenuano la pena ⁽¹⁰⁾

Modificazione del quadro astratto ed elisione su un piano concreto, rappresentano infatti momenti irriducibili fra loro ed il loro bilanciamento si ridurrebbe ad un'operazione contraddittoria.

Diviene necessario a questo punto il confronto fra i modelli delineati e il sistema del nostro codice.

2. La vigente disciplina prevede variazioni di pena dovute agli elementi accidentali del reato secondo modalità fra loro differenziate.

Le circostanze autonome o ad *efficacia speciale* ⁽¹¹⁾ individuano un quadro sanzionatorio nuovo rispetto a quello del

¹⁰ Appare significativo rilevare quanto veniva rilevato, prima della riforma del 1974 da STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit. p. 120 allorché affermava che "La modalità della modificazione della pena apportata dalle circostanze ad efficacia speciale consente di precisare in che senso venga mutata la qualità e non la quantità del reato. La pena prevista in presenza di questi elementi perde ogni rapporto con quella del reato base ed è in questo nuovo ambito, eventualmente, che va determinata la sanzione concreta ai sensi dell'art. 133, laddove per le altre circostanze deve essere osservato ed indicato il rapporto fra la pena base e la sua modificazione. Poiché non si tratta di stabilire l'aumento o la diminuzione da apportare, ciò sta proprio ad indicare che nella valutazione legislativa varia la fisionomia del reato e non soltanto la sua gravità".

¹¹ L'espressione *circostanze ad efficacia speciale* viene qui utilizzata come sinonimo di *circostanze autonome o indipendenti* che cioè individuano l'aumento o la diminuzione indipendentemente dalla pena prevista per il reato semplice, distinguendosi quindi come categoria astratta da quella

reato semplice, determinandolo in maniera del tutto indipendente rispetto a quest'ultimo. La nuova pena può essere diversa sia quantitativamente (es. art.625 c.p.) che qualitativamente (es. art.612/2 c.p.). Di norma le circostanze autonome allargano la cornice edittale abbassando o elevando, a seconda che si tratti di attenuanti o aggravanti, sia il minimo che il massimo. Fra le aggravanti ricorrono tuttavia ipotesi in cui il nuovo quadro sanzionatorio comporta la sola elevazione del minimo, ed è quindi interno a quello edittale (es.: favoreggiamento personale in rapporto al reato di associazione di tipo mafioso, art.378/2 c.p.).

Nelle circostanze ad *efficacia comune* la norma si limita invece a stabilire un aumento o una diminuzione della pena "entro limiti determinati" (art.63/1 c.p.). Per individuare le conseguenze sanzionatorie di tale reato circostanziato è quindi sempre necessario partire da una pena già quantificata in concreto all'interno del quadro edittale del reato semplice. In presenza di circostanze ad efficacia comune è però possibile in ogni caso -in assenza di specifica limitazione normativa- il superamento del quadro edittale sul massimo se si tratta di aggravanti o sul minimo se si tratta di attenuanti. L'art.63/1 c.p. dispone infine che l'aumento o la diminuzione di pena per effetto delle circostanze ad efficacia comune operi sulla quantità "che il giudice applicherebbe qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire". Non pare allora contestabile il significato che la norma assume in rapporto alla successione prefissata delle operazioni di quantificazione: occorre raggiungere un primo

dell'*effetto speciale* introdotta dall'art. 5 della legge n. 400/84 che modifica l'art. 63 c.p.

quantum che è rappresentato dalla pena base e su di esso operare poi gli aumenti o le diminuzioni per le circostanze.

L'art. 63/1 c.p., assume chiaramente la sola funzione descrittiva di un'operazione di quantificazione e non può evidentemente esaurire l'intero tema delle variazioni di pena che le circostanze ad efficacia comune determinano in rapporto al reato semplice. In particolare la descrizione normativa dell'operatività *in concreto* di tale efficacia non è certo di ostacolo per ricercare l'operatività *in astratto* ⁽¹²⁾ al fine di individuare i limiti di pena ai quali può pervenire il giudice attraverso l'esplicazione massima degli aumenti e delle diminuzioni, sia pur temperati dalle regole generali previste dagli articoli 64-67 c.p.

Tale considerazione individua, già nelle modalità di variazione della pena propria delle circostanze ad efficacia comune, un nodo interpretativo che rende *de iure condito* assai problematica la valutazione del rapporto intercorrente fra reato semplice e circostanza.

3. Le modalità attraverso le quali le circostanze sono attualmente disciplinate nel sistema non paiono consentire di distinguere, in relazione a specifiche caratteristiche strutturali, fra circostanze che si muovono sul terreno dell'arricchimento della fattispecie astratta e circostanze che intervengono esclusivamente su quello della quantificazione della pena ⁽¹³⁾.

¹² Cfr.: STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 98 ss.

¹³ Si vedano, sul punto: PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 193 e ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 548 ss.

Una circostanza specificatrice della fattispecie dovrebbe possedere, oltre ad un contenuto non incompatibile con tale caratterizzazione, anche un quadro edittale autonomo al cui interno il giudice dovrebbe fissare la pena in base agli ordinari criteri di determinazione ed all'eventuale ricorrenza di circostanze con funzione quantificativa.

Nel nostro ordinamento ricorrono le circostanze ad *efficacia speciale* che *pur determinando un quadro edittale autonomo rispetto al reato semplice*, mostrano però sul piano della disciplina altre caratteristiche sicuramente incompatibili con una finalità di specificazione della fattispecie astratta. La disciplina del concorso di norme circostanziali (art.68 c.p.) e la stessa sottoposizione al giudizio di valenza (art.69 c.p.) si pongono su un terreno che non consente di affermare una funzione specificativa della fattispecie attribuibile all'intera categoria.

Un elemento specificativo della fattispecie esprime coerentemente una cornice edittale astratta, e sin qui vi è *sintonia fra esigenza di specificazione ed efficacia speciale*.

La finalità di specificazione della fattispecie appare tuttavia incompatibile con la disciplina del concorso di norme circostanziali prevista dall'art. 68 c.p. ⁽¹⁴⁾

Tale norma prevede infatti al primo comma, in relazione a tutte le circostanze, quale che sia la loro efficacia, che quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, sia valutata

¹⁴ Sull'art. 68 c.p. come disposizione regolatrice dell'interferenza fra circostanze si veda: G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 112 ss.

a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggior aumento o la maggiore diminuzione di pena. Il criterio utilizzato, prescindendo completamente dal tipo di efficacia, potrebbe portare ad escludere una circostanza ad efficacia speciale e ad applicarne invece una ad efficacia comune. Tale soluzione sarebbe in contrasto con un'ipotizzata finalità specificativa che dovrebbe sempre prevalere, e portare a non applicare, per evitare il *bis in idem*, quanto attiene al momento quantificativo.

La distinzione fra circostanze specificative e circostanze quantificative non potrebbe infatti andare disgiunta da una gerarchia fra tali figure. Come l'elemento descritto nella circostanza non rileva ai sensi degli artt. 61 p.p. e 62 p.p. c.p. se è già contenuto fra quelli costitutivi del reato (e quindi la norma risolve con un criterio di "gerarchia" il problema del *bis in idem*), così se la distinzione fosse già presente nel nostro codice, la disciplina dovrebbe prevedere che quando un elemento integra sia una circostanza specificatrice che una quantificatrice, dovrebbe necessariamente prevalere la prima per la diversa funzione che assumerebbe nell'ordinamento e, in particolare, nel quadro del reato circostanziato ⁽¹⁵⁾

Un elemento accidentale che assuma la funzione di arricchimento della fattispecie astratta dovrebbe essere inoltre necessariamente *incomparabile* con altri elementi, in quanto

¹⁵ Ovviamente può soccorrere solo parzialmente il criterio risolutore contenuto negli artt. 61 e 62 c.p. il quale dà prevalenza alle circostanze speciali rispetto a quelle contenute in tali norme. Fra le circostanze speciali sia ad efficacia comune che ad efficacia speciale, il *bis in idem* è infatti risolto dall'art 68 c.p. che fa riferimento non all'efficacia, ma al maggior aumento di pena.

la sua funzione sarebbe quella di intervenire sul piano delle cornici di pena e non perdere il proprio ruolo nell'ordinamento a causa dell'interferenza di elementi meno significativi. La finalità di specificazione della fattispecie è dunque incompatibile anche con l'attuale disciplina dell'art. 69 c.p., il quale prevede il giudizio di comparazione in tutte le ipotesi di concorso eterogeneo di circostanze.

Altrettanto problematica appare, *de iure condito*, la ricerca di circostanze che abbiano già in termini strutturali i sicuri caratteri distintivi di un momento di quantificazione.

Nel nostro ordinamento sono presenti le circostanze ad *efficacia comune* nelle quali l'aumento o la diminuzione di pena operano su quella già quantificata dal giudice ai sensi dell'art. 133 c.p. È dunque evidente che la "base" sulla quale interviene la circostanza per determinare l'aumento o la diminuzione risente già della gravità in concreto del reato e della capacità a delinquere del reo. I criteri di quantificazione, contribuendo ad individuare tale base, interferiscono conseguentemente anche sul *quantum* di pena che deriverà dall'aumento operato per effetto di un certo "moltiplicatore". A tale caratteristica della circostanza ad efficacia comune, certamente funzionale al momento quantificativo, e sicuramente incompatibile con quello specificativo, se ne accompagnano tuttavia altre di segno opposto. Oltre a quelle che emergono in negativo dal confronto con le circostanze ad efficacia speciale, e cioè la possibilità di non tener conto di queste ultime in astratto sul piano della specialità e in concreto a seguito della valenza, emerge una specifica caratteristica di disciplina incompatibile con la quantificazione: l'efficacia ultra edittale. Le variazioni di pena determinate dalle circostanze ad efficacia comune possono giungere sino al massi-

mo di aumento o di diminuzione consentito, operati rispettivamente oltre il massimo e sotto il minimo edittali ⁽¹⁶⁾

Tale caratteristica si presta all'ovvia considerazione che la norma non ha inteso esaurire nei quadri edittali del reato semplice le conseguenze sanzionatorie dell'efficacia comune; se di mera quantificazione si trattasse, essa dovrebbe essere un'operazione interna che dà per scontati e quindi presuppone tali limiti e dovrebbe operare al loro interno. Conseguentemente un elemento potrà avere anche una "vocazione" incompatibile sul piano dei contenuti con la specificazione astratta della fattispecie, ma se la norma consente che possa portare la pena oltre i limiti edittali, deve concludersi che, *de iure condito*, non si è inteso attribuirgli unicamente una funzione quantificatrice, ma anche quella di ridisegnare le conseguenze sanzionatorie complessive della fattispecie in presenza dell'arricchimento dovuto alla circostanza ⁽¹⁷⁾.

L'estraneità all'attuale quadro normativo della distinzione fra circostanze specificatrici e quantificatrici si evidenzia ulteriormente prendendo in considerazione la contrapposizione fra circostanze ad *effetto* comune e speciale introdotta dalla legge 31 luglio 1984, n. 400.

La distinzione, che veniva talvolta usata come sinonimo di quella sopra descritta in rapporto all'efficacia ⁽¹⁸⁾ assume oggi tutt'altro significato. "Sono circostanze ad effetto speciale -

¹⁶ Cfr.: ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 548.

¹⁷ Anche se appare incontestabile che altri ordinamenti, come quello tedesco e quello spagnolo, ignorano del tutto momenti di aumento o diminuzione di pena che intervengono dopo una prima quantificazione operata attraverso i parametri discrezionali ordinari.

¹⁸ Si veda, ad es.: FROSALI, *Sistema*, cit., vol. II, p. 56.

afferma ora l'art. 63/3 c.p. - quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo". Al di là delle "esigenze" esclusivamente processuali ⁽¹⁹⁾ che hanno portato ad introdurre la norma, in base alla nuova figura emergono ulteriori argomenti che appaiono rafforzare l'opinione dell'indifferenza dell'attuale sistema per una distinzione, nelle circostanze, fra momento specificativo della fattispecie e momento quantificativo della pena.

Se infatti nulla cambia in termini di risultato sanzionatorio invertendo l'ordine degli "addendi" in presenza di circostanze che siano nello stesso tempo ad "efficacia comune" e ad "effetto speciale", le conseguenze processuali in tema di individuazione del giudice competente e di libertà personale, ora disciplinate dagli articoli 4, 278 e 379 c.p.p. fanno invece esclusivo riferimento all'incidenza sul massimo della quantità di variazione determinata dalla circostanza (superiore o meno a un terzo). Il legislatore appare dunque assegnare importanza, non tanto ad una modalità tecnica quale sintomo di quantificazione o di specificazione ma *esclusivamente* al risultato dell'efficacia ultra edittale. Solo per le circostanze ad effetto speciale, se l'aumento ultra edittale (in astratto) supererà certi limiti, cambieranno le conseguenze rispetto al reato semplice in tema di competenza e di libertà personale.

È evidente inoltre che non può costituire argomento interpretativo il prevalente risultato "pratico" realizzato dal legislatore attraverso la disciplina del concorso di norme circostanziali: in molti casi il *bis in idem* si risolve a favore delle circostanze ad efficacia speciale, in quanto spesso queste ultime

¹⁹ PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 253 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 555 ss.

comportano un maggior aumento o una maggior diminuzione di pena rispetto a quelle ad efficacia comune (art.68 c.p.).

Nella stessa prospettiva, non possono assurgere a momento ermeneutico i risultati pratici cui perviene più spesso l'applicazione della prima parte degli artt. 61 e 62 c.p., i quali, come noto, del disciplinare le circostanze comuni (e cioè applicabili a tutti i reati), regolano esplicitamente il concorso di norme, non solo in rapporto agli elementi costitutivi, ma anche alle circostanze speciali (e cioè applicabili solo a singoli reati), con la conseguenza che in caso di *bis in idem* prevarrà sempre la circostanza speciale. Siccome la maggior parte delle circostanze speciali sono anche ad efficacia speciale, è evidente che la norma darà la precedenza il più delle volte a queste ultime rispetto a quelle ad efficacia comune indicate negli articoli 61 e 62 c.p. Parimenti quasi tutte le circostanze che operano un aumento o una diminuzione superiore ad un terzo (art.63/3 c.p.) e sono quindi ad effetto speciale sono anche ad efficacia speciale, e quindi la norma finirà col determinare variazioni sulla competenza del giudice e sulle restrizioni della libertà personale pressoché esclusivamente per effetto di queste ultime, rendendo "statisticamente" molto bassa la percentuale delle circostanze che non sono contemporaneamente ad "efficacia" e ad "effetto" speciale.

La constatazione che le circostanze autonome vivrebbero nell'ordinamento in una sorta di ruolo sovraordinato, non pare quindi autorizzare la conclusione che le stesse abbiano un rapporto funzionale con la fattispecie astratta e non con la quantificazione della pena.

4. Le circostanze presenti nel nostro ordinamento mostrano una struttura che non le rende assimilabili *in toto* né al

momento della *specificazione della fattispecie astratta* (specificative) né a quello della valorizzazione di un particolare elemento di *quantificazione della pena in concreto* (quantificative).

L'affermazione che le circostanze del nostro ordinamento non rientrano in tali modelli astratti, in quanto presentano costantemente caratteristiche strutturali appartenenti sia all'uno che all'altro, non significa però che esuli dalle stesse una finalità nello stesso tempo specificativa e quantificativa: uno dei problemi che si pongono all'interprete è proprio quello di valutare come il codice vigente sia riuscito a disciplinare unitariamente "e in forma tendenzialmente indistinta due fenomeni assai diversi" (20).

Il legislatore, attraverso le circostanze, ha compiuto uno sforzo di tipizzazione ulteriore rispetto a quello che porta all'individuazione degli elementi costitutivi del reato e dei parametri di quantificazione della pena, manifestando tensione a "rappresentare in modo più preciso la realtà del mondo esterno" (21) mediante disposizioni accessorie miranti a realizzare maggiore aderenza fra norma e fatto, al fine di evitare eccessiva "rigidità ed astrattezza" (22) alla legge penale.

La tensione verso l'individualizzazione delle conseguenze sanzionatorie si esprime nella tensione a risolvere l'irriducibile contrasto tra le esigenze della previsione normativa generale del fatto tipico e quelle del caso concreto: da un lato una lesione di un interesse realizzata con determina-

²⁰ PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192.

²¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Le forme del reato*, Torino, 1974, p. 1.

²² M. GALLO, *Appunti*, cit. p. 2.

te modalità, dall'altro l'episodio realmente accaduto, che, pur nell'ambito del disvalore tipico accertato, si pone in un rapporto particolare, addirittura irripetibile, col sistema dei valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico" (23).

Per realizzare, attraverso elementi tipizzati, l'individualizzazione delle conseguenze sanzionatorie, il legislatore ha a disposizione due differenti strumenti: la variazione dei quadri edittali e la variazione della pena in concreto.

Appare significativo valutare a questo proposito come il problema è stato affrontato negli ordinamenti più vicini al nostro, prendendo in considerazione, accanto alla disciplina vigente, la riflessione che si è sviluppata e le modifiche che sono state proposte o attuate in chiave di riforma.

L'ordinamento tedesco, seguendo una strada completamente diversa, ha inquadrato le figure dei "fatti gravi" con la riforma del 1975 (24). Si trattava, sul piano della costruzione delle fattispecie, di prevedere la possibilità che il giudice andasse oltre lo *Strafrahme* del reato semplice e consentire, nello stesso tempo di realizzare una *Strafzumessung* che permettesse un aggravamento della pena alla sensibile maggior gravità del fatto senza farla dipendere rigidamente dalla presenza di un sostrato materiale tipico. Specie in un ordinamento che non prevede il giudizio di comparazione fra attenuanti ed aggravanti l'aumento di pena ricollegato ad un fatto tipico presentava infatti il difetto di rendere obbligatorio

²³ STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 50.

²⁴ Si veda, nel corso del dibattito sulla riforma, la posizione di DREHER *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht*, cit., p. 220 ss. e, dopo la riforma IDEM, *Über Strafraumen*, in *Festschrift für Hans Jürgen Bruns Köln*, B. M., 1978, p. 150 ss.

l'aumento di pena anche se, valutando globalmente il fatto, lo stesso non apparisse di particolare gravità.

La considerazione precedente spiega la ragione che ha determinato il legislatore tedesco a realizzare un vero e proprio superamento della circostanza (*Umstände*) attraverso un nuovo istituto, i *Besonders schweren Falle* che è certamente costruito sulla centralità di un nuovo *Strafrahme* con una propria *Strafzumessung* interna, distinti da quella del reato semplice. Anziché utilizzare l'elemento accidentale per aumentare la pena già quantificata in concreto (come nelle nostre circostanze ad efficacia comune), alternativamente, per determinare un nuovo quadro edittale (come nelle nostre circostanze ad efficacia speciale), non solo si è seguita risolutamente questa seconda strada (come già avveniva per le circostanze dell'ordinamento tedesco precedente al 1975), ma si è perfezionato il sistema subordinando il passaggio al nuovo quadro edittale ad un previo giudizio di maggiore gravità. Tale giudizio, che appartiene certamente alla quantificazione delle conseguenze del reato, pone il giudice non già nella condizione di dover scegliere un certo quadro edittale in presenza di un elemento tipico, ma nella condizione di poter scegliere fra più quadri edittali in funzione della maggiore o minore gravità complessiva del fatto commesso ⁽²⁵⁾.

²⁵ Ad esempio, mentre il § 242 dello *Stgb* prevede per il furto la pena detentiva fino a 5 anni in alternativa a quella pecuniaria, il § 243 prevede che nei casi particolarmente gravi il furto sia punito con una pena detentiva da tre mesi a 10 anni. Si dispone inoltre che un caso è particolarmente grave in relazione ad una serie tassativa di ipotesi (scalata, effrazione, destrezza, ecc.). Non è dunque identità, ma solo larga similitudine quella che ricorre tra le aggravanti indefinite del sistema italiano e i "casi gravi" del codice tedesco. Si consideri infatti che, nel caso citato del furto, ai "casi gravi" corrisponde un elenco di ipotesi tipiche simili per contenuto alle

La soluzione tedesca, inserendo coerentemente un momento discrezionale nella scelta tra fattispecie semplice e fattispecie "più grave", demanda al giudice la scelta fra l'uno o l'altro quadro edittale ⁽²⁶⁾.

nostre circostanze che tuttavia non sono considerati alla stregua di *Qualifikationstatbestand* ma di *unbenannte Strafanderungsgrunde*, nella specie *besonders schweren Falle*. Le figure che nel nostro ordinamento darebbero luogo alle circostanze aggravanti hanno suscitato interesse nella dottrina tedesca proprio per questa loro caratteristica di indici predeterminati di un fatto grave o di fattispecie tipizzate. In particolare si veda: BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, Köln, 1974; IDEM, *Leitfaden des Strafzumessungsrechts* Köln, 1980; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p.217 ss. DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht*, cit., p. 220 ss. Sulla quantificazione della pena, si vedano: JESCHECK, *La riforma del diritto penale in Germania*, in *Indice pen.*, 1976, p. 409 e 431; ZIPF, in *AA.VV.*, *Einführung in Das neue Strafrecht*, München, 1974, p.100 s.; IDEM, *Die strafzumessung*, Heidelberg, 1977, p.11 s., 39 s. Il tema dei casi più gravi è affrontato in termini sistematici da: CALLIES, *Die Rechtsnatur der "besonders schweren Falle" und Regelbeispiele im Strafrecht*, in *JZ*, 1975, p. 112 ss.

²⁶ È significativo rilevare come lo *Stgb* del 1975 della Repubblica federale tedesca ha organizzato i *besonders schweren Falle* semplificando il sistema precedente, ma ricalcando nelle loro linee essenziali le modalità di tutela delle articolazioni del bene. Si prendano ad esempio le "violazioni alla libera disposizione sessuale di sé". Il § 174, prima figura del titolo, punisce con un massimo di pena di cinque anni l'abuso sessuale su una persona di cui si ha la protezione e tale pena è ridotta ad un massimo di tre anni, o alla pena pecuniaria in alternativa, in ipotesi meno gravi espressamente indicate. I successivi §§ 174 a, 174 b, 175 disciplinano con un massimo di pena sino a 5 anni, alternativo con la pena pecuniaria, gli abusi sessuali su persone ristrette, ovvero abusando di una funzione ufficiale, gli atti omosessuali su persone minori, gli abusi sessuali su minori. In quest'ultima ipotesi sono previste due ipotesi di "caso grave" (si veda la successiva nota 12) con pena detentiva da uno a dieci anni. I §§ 177, 178, 179 e 180 prevedono infine la violenza carnale (con pena non inferiore a due anni di regola, e da 6 mesi a 5 anni nei casi meno gravi), la costrizione sessuale

Deve ritenersi tuttavia che siano possibili soluzioni altrettanto coerenti che non sacrificino il vantaggio principale che è possibile ottenere con le circostanze tipiche rappresentato da un maggiore grado di indefettibilità delle risposte sanzionatorie ⁽²⁷⁾.

Il sistema italiano fa ora prevalere come orizzonte delle circostanze un' indistinta tensione verso l'individualizzazione, e muove quindi in direzione della maggior aderenza tra fatto e norma. Ponendosi un obiettivo così definito la norma disciplina la variazione dei quadri edittali e quella della pena in concreto, con come scelte contrapposte, rispettivamente in

(caratterizzata da atti sessuali non costituenti rapporto sessuale, con pena da uno a dieci anni, ridotta da tre mesi e cinque anni), gli abusi sessuali su incapaci e l'incitamento di minori a commettere atti sessuali. I §§ 176, 177, 178, prevedono gli eventi aggravatori costituiti dalla mente del soggetto passivo. Il complesso delle fattispecie è significativo delle tecniche legislative utilizzate. In particolare la tutela del bene si specializza in diversi sub-titoli, all'interno dei quali la tutela si perfeziona ulteriormente nei delitti aggravati dall'evento, (disciplinati dal § 18). I "casi gravi" e le "cause speciali d'attenuazione legale" (queste ultime disciplinate dai §§ 49 e 50) fungono da momenti quantitativi predeterminati di diminuzione di pena. Il § 50, in particolare disciplina il caso in cui ricorrano più cause di attenuazione legale. La natura quantificatrice delle disposizioni è indicata legislativamente, in quanto le ultime disposizioni citate sono inserite nella sezione relativa al calcolo della pena, e seguono il § 46 che disciplina i principi che regolano tale calcolo. Si veda, sul punto: STREE, *Op. cit.* Per un approfondito esame del sistema tedesco di costruzione delle fattispecie anteriore al 1975, in cui le figure di *benannte erschwerende Umstände* si differenziano da quelle di *qualifikationstatbestand* e sono tutte collocate nella parte speciale, si vedano SPENDEL, *Zur Lehre von Strafmass*, Fr.Main, 1954; DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht*, cit., p. 224.

²⁷ Ferma ovviamente restando la necessità di una soluzione coerente al problema del giudizio di valenza fra circostanze di segno opposto.

funzione della specificazione della fattispecie o, viceversa, dell'effetto sanzionatorio del reato, ma come mezzi tecnici per calibrare il disvalore e raggiungere risultati differenziati sul piano del trattamento punitivo. In questo ambito si è sviluppato l'attuale sistema delle circostanze, non soltanto nel quadro rappresentato dalla disciplina del 1930 ma anche in quello emergente dalle successive riforme del 1944 (attenuanti generiche), 1974 (concorso eterogeneo di circostanze) e 1984 (effetto comune o speciale).

Nel testo originario del codice, ove la circostanza era costruita attraverso l'individuazione in astratto di un nuovo quadro edittale (efficacia speciale) si rendeva "stabile" quest'ultimo escludendo la circostanza dal giudizio di valenza, e tale scelta era funzionale unicamente al raggiungimento di un certo risultato sanzionatorio. Se, viceversa, la circostanza comporta, nel quadro della quantificazione, un aumento della pena già determinata in concreto per il reato semplice, non per questo la norma impedisce che si oltrepassi il quadro edittale di quest'ultimo, in quanto tale eventualità appare come logico sviluppo dell' individualizzazione operata dalla circostanza ⁽²⁸⁾. Lo stesso giudizio di valenza, prima limitato

²⁸ Questa caratteristica appare differenziare notevolmente, nell'attuale sistema, le circostanze dai meri indici di quantificazione della pena poiché, individuando l'ordine di applicazione delle une e degli altri, tende a dare piena autonomia ai due momenti, entrambi volti a determinare l'irrogazione di un certo *quantum* (salva, ovviamente, la soluzione del problema del *ne bis in idem*). Tale autonomia funzionale nell'ordinamento potrebbe persino portare a ritenere fonte di disparità di trattamento una norma che delimitasse ai quadri edittali del reato semplice la sfera di operatività delle *attuali* circostanze: una pena già determinata in prossimità del massimo o del minimo ai sensi dell'art. 133 c.p. male si adatterebbe a venire compresa nei suddetti quadri edittali in presenza di circostanze del reato la

alle circostanze ad efficacia comune e poi esteso a tutte le ipotesi, è stato evidentemente avvertito dal legislatore del 1930 e più ancora da quello del 1974 come ulteriore strumento di maggior aderenza fra norma e fatto.

In tal modo però le varie forme tipizzate di modificazione della pena hanno ricevuto una disciplina unitaria di cui sono stati compiutamente definiti gli effetti, ma che non ha voluto "guardar dentro" al processo col quale si è teso a ridurre le distanze tra norma e fatto.

Siamo in presenza di elementi per lo più tipici, caratterizzati da un rapporto funzionale col reato semplice di cui determinano una variazione di pena e che consistono in una "valutazione legale" di tale reato; il legislatore non è andato oltre. Il processo di ulteriore tipizzazione del fatto è stato costruito in maniera tale da non consentire di distinguere, in termini strutturali, fra un momento specificativo della fattispecie e uno quantificativo della pena: tale netta distinzione, oggi, si colloca oltre l'orizzonte del nostro diritto positivo.

cui funzione sia, come oggi, quella di aumentarla o diminuirla proporzionalmente in base ad un certo moltiplicatore frazionario, e non di contribuire a quantificarla (sia pur nei limiti massimi di cornice previsti in via generale dall'ordinamento). Un sistema che assegnasse alle circostanze quantitative un ruolo di valorizzazione di specifici indici di determinazione della pena all'interno dei quadri edittali, si troverebbe inoltre nella necessità di affiancare a tale sistema una figura di marcato significato attenuante (sul tipo delle *circonstances atténuantes* previste dall'art. 463 del *code pénal* francese abrogato o delle attenuanti generiche previste dall'art. 59 del codice Zanardelli), tendente a mitigare, nel caso concreto e anche al di sotto del minimo edittale, eventuali eccessi di rigore sanzionatorio. La possibilità di mitigare la pena al di sotto dei quadri edittali è infatti affidata oggi, nel nostro ordinamento, all'intero sistema delle attenuanti.

Il procedimento applicativo delle modificazioni di pena operate dalle circostanze conferma l'esclusiva tensione del sistema a tipicizzare elementi di segno aggravante e attenuante alla cui ricorrenza si aprono momenti di larga discrezionalità volti a rendere elastici il *quantum* di variazione della pena e l'*interferenza* con elementi di segno opposto.

Sotto tale profilo appariva più coerente rispetto all'attuale - in termini, ovviamente, di tecnica legislativa- il sistema delineato dall'originaria disciplina del 1930 integrato dall'introduzione delle attenuanti dell'art.62 *bis* c.p., laddove impediva che le circostanze ad efficacia speciale fossero sottoposte a giudizio di valenza, pur consentendo una mitigazione del rigore delle aggravanti di quel tipo attraverso l'applicazione di attenuanti, ed in particolare delle generiche. Un procedimento di tipicizzazione in tanto può ridurre le distanze fra norma e fatto, in quanto non consente di essere eluso. La garanzia dell'effettività di un sistema così strutturato è rappresentata dall'interferenza fra frammenti *rigidi* ed *elastici* di variazione della pena. Il compito dei primi è quello di impedire, attraverso la "fuga" rappresentata dalla discrezionalità, un sovrapporsi confuso tra la riduzione delle distanze norma-fatto da un lato e la valutazione discrezionale dall'altro. Una discrezionalità estesa fra i poli estremi della possibile elisione di tutti gli elementi e, del loro accollo totale al reo, rende pressoché inutile un'individualizzazione effettuata attraverso elementi tipizzati.

Valutando il nostro sistema nella prospettiva di una riforma che riveda colpevolezza e disvalori delle fattispecie deve infatti sottolinearsi l'importanza che le circostanze continuano ad avere, laddove "si coglie il più esplicito tentativo del legislatore di rendere quanto più possibile aderente il diritto al

fatto in una materia in cui, più che in ogni altra, è viva e urgente la necessità di non dissociare la regolamentazione giuridica dalla realtà umana che ne è oggetto" (29).

È certo però che un sistema che introduce momenti rigidi come strumento di individualizzazione, deve esprimere necessariamente al loro interno aggravamenti o attenuazioni del disvalore conformi a scelte coerenti di tutela dei beni giuridici. Di qui nasce il rilievo che la generalizzazione del giudizio di valenza fu introdotta anche per ridurre gli effetti di un sistema di graduazione di disvalori nei quali il legislatore non si riconosceva più.

Proprio per garantire aderenza fra sistema delle circostanze e graduazione del disvalore appare necessario che, innanzitutto, siano riformati i contenuti delle singole circostanze e siano meglio calibrate le variazioni di pena per renderle più aderenti alle attuali esigenze di tutela dei beni. I frammenti rigidi diverrebbero quindi necessari come momento di garanzia di tale tutela e sarebbe così possibile superare l'esigenza contingente che portò alla "scorciatoia" della riforma dell'art. 69 c.p. che introdusse il bilanciamento fra tutte le circostanze.

Un sistema di aggravanti non più rispondente alle esigenze cui deve far fronte oggi il diritto penale, può infatti rischiare, anche se reso più elastico, di raggiungere obiettivi opposti rispetto a quelli che dovrebbero caratterizzarlo: "non di rendere aderente il diritto al fatto, ma, quasi paradossalmente, il fatto al diritto" (30). L'attuale possibilità di bilanciamento di ogni circostanza si limita soltanto a rendere "ovviabili" i vin-

²⁹ CONTENTO, *Introduzione allo studio*, cit., p. 2.

³⁰ STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit. p. 50.

coli alla discrezionalità nati sotto l'orizzonte di scelte ormai superate di tutela dei beni, ma non elimina in radice tali scelte. È dunque solo il loro superamento, realizzato attraverso la revisione delle varie figure circostanziali, che può essere premessa di un sistema in cui sia centrale la fondamentale preoccupazione di garantire *in maniera lineare* il costante equilibrio fra norma violata, fatto commesso e sanzione applicata.

In una disciplina che differenziasse opportunamente momento commisurativo e momento specificativo si imporrebbe anche di calibrare i coefficienti di colpevolezza in base alle differenti caratteristiche delle aggravanti.

5. L'affermazione che è impossibile, nell'attuale ordinamento, contrapporre circostanze che specificano la fattispecie e circostanze che quantificano la pena, già verificata in base al *meccanismo funzionale*, può essere definitiva solo se si giunge alla conclusione che la stessa distinzione non potrebbe essere effettuata nemmeno *in termini contenutistici*.

Nel nostro ordinamento inoppugnabili argomenti derivanti dalla disciplina positiva portano a concludere che il legislatore non ha affidato al contenuto tipico la soluzione del problema della funzione delle circostanze. Non solo infatti una contrapposizione di contenuti sarebbe priva di rilevanza sul piano delle conseguenze, ma gli articoli 61 e 62 c.p., nel primo comma, affermano chiaramente che il contenuto è irrilevante perfino per distinguere fra loro elementi costitutivi e circostanze. *A fortiori* dunque nessuna distinzione in base a

criteri contenutistici sarà possibile all'interno delle circostanze.

"Qualunque elemento" ⁽³¹⁾, si afferma al riguardo in dottrina, potrebbe essere collocato sia nell'ambito degli elementi costitutivi che in quello delle circostanze. A maggior ragione non è possibile riconoscere in base al contenuto, un'ipotetica diversità di funzioni all'interno degli uni e delle altre. Anche nei casi in cui il contenuto della singola circostanza si mostra assolutamente incompatibile con la specificazione della fattispecie astratta, non appare autorizzata *tout court* la conclusione che, in termini contenutistici, tale figura mira unicamente a quantificare in concreto la pena: le sfasature del meccanismo funzionale rispetto a tale scopo impediscono di prenderlo in esame come momento caratterizzante il nostro ordinamento.

Nemmeno però in un diverso ordinamento sarebbe possibile costruire fattispecie nelle quali si riconosca la funzione di un elemento in base soltanto al suo contenuto tipico. I singoli elementi descritti assumono una funzione solo nel quadro complessivo della fattispecie che li racchiude. Si pensi, ad esempio, alle numerose figure nelle quali ogni legislatore utilizza l'elemento "violenza alla persona" il quale, valutato in sé, non consente di riconoscere la posizione che assume nell'ordinamento.

Anche la valutazione del carattere offensivo del singolo elemento ci impone di prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso, perché solo in questo contesto tale

³¹ CONTENTO, *Introduzione allo studio*, cit. p. 162; GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 560; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., p. 65 ss.; STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 118

elemento può manifestare una funzione in rapporto alla tutela del bene; così facendo però qualsiasi elemento può essere in grado di rappresentare una possibile articolazione dell'offesa, senza per questo rilevare necessariamente come costitutivo o accidentale e, in quest'ultima ipotesi, o come momento di specificazione della fattispecie astratta, o come momento che fa variare la quantificazione in concreto della pena.

In sintesi: la distinzione fra specificazione e quantificazione è sintomatica di una diversa significatività nel quadro degli elementi accidentali del reato; tale distinzione, fondamentale in una prospettiva di riforma per meglio definire il significato delle variazioni dei quadri astratti e dei quadri concreti di pena, può caratterizzarsi solo per una diversa funzione attribuita agli elementi accidentali descritti e non potrà essere ricavata dal contenuto dei singoli elementi.

La conclusione, che affida sotto ogni profilo ad una modifica legislativa un'ordinata sistemazione delle due funzioni cui possono rispondere le circostanze, richiede ora una sia pur rapida verifica delle soluzioni adottate in altri ordinamenti.

6. Nei vari sistemi penali la configurazione di elementi inquadabili nella categoria "circostanze del reato" è fortemente collegata allo specifico sistema di "dosimetria" della pena in astratto e in concreto ⁽³²⁾.

³² Compie un significativo sforzo di individuare, sotto il profilo strutturale e contenutistico le principali forme che assumono le circostanze nei vari ordinamenti, il *Compte rendu des débats du colloque préparatoire de Var-*

L'evoluzione della disciplina, conseguentemente, è spesso accomunata a quella delle modificazioni al sistema di quantificazione.

Lo StGB tedesco non prevede né istituti che fanno variare la pena già quantificata in concreto n, elenchi di fattispecie accidentali applicabili a tutti i reati. Tale ordinamento conosce soltanto variazioni dei quadri edittali che prima della riforma del 1975 erano ricollegati a circostanze (*Umstande*) tipiche ed ora dipendono dalla previsione di casi particolarmente gravi (*besonders schweren Falle*) spesso riconnessi ad esempi tipici (*Regelbeispiele*)⁽³³⁾

È evidente che un sistema siffatto può dare luogo a due specifici problemi tecnici: la disciplina delle "circostanze" destinate potenzialmente ad incidere su qualsiasi reato (es: recidiva, vizio parziale di mente) e il contemperamento della simultanea presenza di aggravanti e attenuanti.

La dottrina colloca nel sistema gli elementi accidentali sulla base del seguente schema di riferimento. L' illecito (*Unrecht*) e la colpevolezza (*Schuld*) coprono una gamma più ampia di situazioni rispetto a quella individuata dal reato semplice. Anche se non è prevista alcuna pena per la preparazio-

sovie che precede il convegno su *Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infractions et la récidive*, in *Rev. int. droit pénal*, 1965, p. 805 ss.

³³ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p.217 ss. Sul ruolo della colpevolezza per individuare la gravità del fatto: HORN, *Strafbemessung* in RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch*, Fr.Main, 1977, p. 313 ss. PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, Berlin, 1978, p. 220; HIRSCH, *Strafbemessung*, in *Leipziger Kommentar* 46-51, Berlin, 1979, p. 5 ss.; STREE, *Strafbemessung*, in SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch*, Munchen, 1985, p. 520 ss.

ne di un omicidio, si osserva, l'*Unrecht* inizia con l'acquisto dell'arma del delitto. Siccome possono rendere più grave il reato solo quei fatti che aumentano il carattere illecito o la colpevolezza, l'ordinamento potrà prendere in considerazione le situazioni che si situano, dal punto di vista cronologico, al di fuori della realizzazione del delitto, solo se presentino uno di tali requisiti ⁽³⁴⁾

Già al momento della stesura del progetto di riforma dello StGB del 1962 il ruolo degli elementi accidentali veniva definito in detta prospettiva, nel senso che il caso avrebbe dovuto essere considerato particolarmente grave allorché circostanze facenti parte dell'atto o anteriori a questo, oppure il comportamento tenuto dall'autore dopo l'atto, aggravino sensibilmente il carattere illecito e la colpevolezza ⁽³⁵⁾

Gli elementi accidentali destinati ad incidere su qualsiasi reato vengono limitati dallo StGB, ora e in passato, a quelli che nel nostro ordinamento sono considerati "circostanze inerenti alla persona del colpevole".

Appaiono tuttavia necessarie alcune precisazioni terminologiche, in quanto lo StGB, dopo il 1975, utilizza il termine circostanza (*Umstände*) come sinonimo di *concreta modalità*, sia in relazione a momenti soggettivi (come ad es. nel 14.3 in cui, con riguardo al rappresentante legale di un terzo si parla di "*Umstände (besondere persönliche Merkmale)*") e cioè di "caratteristiche personali particolari"; sia in relazione ad elementi oggettivi, (come ad es. nel 16 in cui rubrica della norma in tema di errore sulle circostanze del fatto *Irrum über Tatumstände* è seguita dall'espressione "*einen Umstand nicht*

³⁴ DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht*, cit., p. 223.

³⁵ DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht*, cit., p. 232.

kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört" che fa quindi riferimento ad una circostanza che costituisce uno degli elementi costitutivi del reato.

Diversa era invece la disciplina prima della riforma, in quanto lo StGB riferiva il termine *Umstände* sia alle circostanze del fatto sia alle aggravanti e attenuanti tanto che il 59 che disciplinava l'errore parlava di *Umstände*, sia in relazione agli elementi costitutivi (*Gesetzlichen Tatbestand*) che alle aggravanti (*Strafbarkeit erhöhen*). La dottrina con riferimento al termine generico riferito a tutto ciò che fa variare la pena parla di *unbenannte Strafänderungsgründe*, ed in rapporto all'elemento di fattispecie che si aggiunge a quella semplice e determina variazioni dei quadri edittali usava prima del 1975 il termine *Qualifikationstatbestand* ed ora, trattandosi di esempi tipici, quello di *Regelbeispiele*. In relazione alle variazioni di pena si parla di *qualifizierende Abwandlungen*.

Tale quadro di estrema semplificazione si realizza innanzitutto attraverso i fatti gravi previsti nella parte speciale.

In caso di responsabilità attenuata ai sensi del § 21, in relazione alla capacità grandemente diminuita di comprendere il carattere illecito dell'atto o di agire con discernimento, la pena è diminuita in forza del § 49.1 introdotto nel 1975 che disciplina unitariamente gli effetti di tutte le *Besondere gesetzliche Milderungsgründe* ⁽³⁶⁾. La norma citata prevede analiticamente, in rapporto alle varie fasce di pena, nuovi e più contenuti minimi edittali. La pena temporanea in tal caso

³⁶ La riforma del 1975 dello *StGB* ha soprattutto perfezionato le soluzioni tecniche per individuare i nuovi quadri edittali. Ad es. i §§ 51.2 e 55.2 che disciplinavano ipotesi di vizio parziale di mente richiamavano le pene previste per il tentativo.

non può inoltre mai superare i due terzi del massimo edittale, mentre l'ergastolo è sostituito con la detenzione per non meno di tre anni delimitata dal massimo di quindici, comunque non superabile nell'ordinamento tedesco.

Con un sistema così caratterizzato lo StGB riduce al minimo l'ambito applicativo di quello che da noi è il concorso eterogeneo di circostanze.

In relazione a singoli reati, oltre alle cause speciali di attenuazione legale sopra descritte e disciplinate unitariamente dal § 49 (es.: § 157, falsa testimonianza per evitare la condanna di un familiare), sono previste ipotesi di caso meno grave (es.: § 213, omicidio quando il colpevole è incitato alla collera da maltrattamenti o da un'ingiuria grave) e di caso particolarmente grave (es.: § 218, aborto quando la donna non è consenziente). I casi meno gravi e particolarmente gravi hanno carattere parzialmente indefinito nel senso che, oltre all'indicazione degli esempi tipici di aggravamento o di attenuazione del reato, vengono inseriti incisi del tipo "*In generale un caso è particolarmente grave quando ...*", oppure si fa seguire alle ipotesi indicate l'espressione "... o si tratta altrimenti di un caso grave". Talvolta le attenuanti sono inserite senza indicare esempi tipici (es.: § 224.2, casi meno gravi di alcune ipotesi di lesioni). Sono infine previste ipotesi particolari nelle quali la specificazione della fattispecie con un elemento ulteriore rende inapplicabili gli aumenti di pena per il caso grave (es.: § 243.2, furto di cosa di tenue valore, sempre punito come furto semplice).

Il legislatore tedesco del 1975 è giunto all'attuale disciplina muovendo da una normativa precedente che presentava maggiore similitudine con quella delle circostanze autonome del nostro ordinamento.

Prima della riforma, ad esempio, il § 243 concernente le aggravanti del furto, prevedeva una pena da uno a dieci anni per chi avesse commesso il reato in una serie di ipotesi indicate. Si era ritenuto che la tecnica legislativa che dà luogo a un rigido *Qualifikationstatbestand*, pur offrendo la garanzia dell'applicazione del trattamento più severo solo nei casi espressamente indicati dalla legge, presentasse però una serie di svantaggi. In primo luogo il sistema dell'indicazione di circostanze tipiche non consentiva di effettuare gli aumenti o le diminuzioni di pena in casi altrettanto gravi o lievi rispetto a quelli indicati. Secondariamente tale sistema causava una serie di innumerevoli problemi interpretativi al momento applicativo, in quanto l'oggetto del giudizio si riduceva soltanto a quello di valutare se l'aggravante, in termini di conformità al tipo, dovesse essere applicata oppure no. In terzo luogo un sistema di circostanze come quello precedentemente adottato nella Germania federale si mostrava rigido allorché impediva una valutazione globale dell'atto quando, pur in presenza di circostanze aggravanti, il fatto apparisse comunque modesto. Tale rigidità poteva essere solo in parte compensata dalla presenza di attenuanti: ad esempio il citato § 243 sulla disciplina delle aggravanti del furto consentiva, in caso di ricorrenza di attenuanti, una pena minima di tre mesi, anziché di un anno.

La nuova tecnica utilizzata nei casi più gravi e nei casi meno gravi ha teso proprio ad ovviare a detti inconvenienti.

Tornando all'esempio del furto, le sei figure di maggior gravità ora previste dal § 243 rappresentano ipotesi indicative che, di regola, determinano la gravità del furto, ma che devono, innanzitutto, essere precedute da un giudizio globale di gravità, la cui ricorrenza è condizione necessaria per dar

luogo all'applicazione delle pene individuate dal quadro sanzionatorio più severo.

In un sistema così semplificato risulta certamente più snella anche la disciplina di quello che da noi è il concorso di circostanze: essa è infatti limitata solo alla contemporanea ricorrenza di ipotesi disciplinate in norme diverse, poiché le fattispecie dei casi gravi sono ora elementi di valutazione di un più complessivo giudizio di maggiore gravità.

Espressamente l'ordinamento tedesco si limita a disciplinare (§ 50) solo un'ipotesi particolare di *bis in idem*, e cioè il caso in cui si verifica concorso di norme perché un elemento di fatto integra, anche unitamente ad altri, sia un caso meno grave che una causa speciale di attenuazione legale; in tale eventualità l'elemento suddetto sarà preso in considerazione una sola volta ⁽³⁷⁾.

In caso di concorso di fattispecie che comportino variazioni migliorative o peggiorative del quadro edittale per il reo, la disciplina adottata è in grado di eliminare in radice ogni problema: dovrà innanzitutto determinarsi il quadro edittale in base alla ricorrenza dei casi più o meno gravi e delle cause speciali di attenuazione legale e poi, se ne ricorrono gli estremi, la pena sarà portata ad un minimo di sei mesi per effetto della recidiva.

La dottrina tedesca, al momento della riforma ⁽³⁸⁾, si mostrò contraria alla previsione di aggravanti inserite in parte generale ed applicabili a tutti i reati per due ordini di motivi, e precisamente in considerazione della difficoltà di disciplina-

³⁷ Appare significativo il parallelismo con l'art. 68 c.p. Cfr.: G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 118 ss.

³⁸ DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrechts*, cit., p. 220 ss.

re le ipotesi in cui l'elemento aggravatore è anche costitutivo di un reato, e in rapporto al rilievo che un certo elemento, che assume significato aggravante per certi reati, appare assolutamente insignificante se non addirittura attenuante in rapporto ad altri.

Anche tuttavia in relazione a circostanze che aggravano il disvalore oggettivo o la colpevolezza di singoli reati, occorre chiedersi quali siano disvalore oggettivo o colpevolezza *originari* che ricevono un aggravamento. Si potrebbe ritenere che si debba procedere facendo astrazione, rispetto al complesso degli elementi, da quelli individuati dalla circostanza, ma in tal modo si finirebbe col raffrontare una parte degli elementi rilevanti, e cioè quelli costitutivi, ridotti a dati estremamente scheletrici, con il complesso della fattispecie. Talvolta poi il raffronto dovrebbe avvenire con elementi che sono caratterizzazioni di quelli costitutivi, e che quindi rendono assai difficoltosa tale astrazione. Se poi la circostanza concerne una caratteristica particolare del fatto di reato, risulta talvolta arduo determinare quale parte debba essere riferita agli elementi costituiti vi e quale alle circostanze, come ad esempio in tema di gravità del danno. Deve infatti ritenersi, si afferma ancora in dottrina, che le circostanze abbiano un senso laddove consentono di quantificare una sanzione adeguata che sia però nettamente distinta da quella che viene inflitta per un reato dello stesso tipo che si collochi ad un livello medio di gravità.

Ponendo come fondamento delle circostanze aggravanti la necessità che sia superato il livello medio di gravità del reato sulla base di regole d'esperienza, non ci si potrebbe più basare sull'astrazione rappresentata dagli elementi costitutivi, ma ci si porterebbe decisamente sul piano dell'individuazione in

concreto del disvalore obiettivo e della colpevolezza dell'intero fatto.

Il *code pénal* del 1992 ⁽³⁹⁾ conferma la peculiarità dell'ordinamento francese di non prevedere l'istituto del reato circostanziato. Gli elementi che sono costruiti tecnicamente come accessori rispetto ad un reato già perfetto non sono caratterizzati e sorretti da una propria peculiare disciplina, che ne differenzia l'applicazione ed il rilievo rispetto agli elementi costitutivi già presenti nell'ipotesi-base.

Sul piano strutturale non mancano figure di reato *aggravé* nel senso che si è in presenza di un elemento tipico ulteriore rispetto a quelli del reato semplice, in presenza del quale la pena è più elevata (es. art. 311-4 c.p.). Tale tecnica legislativa non deroga però minimamente alla natura "costitutiva" dell'elemento in presenza del quale muta il trattamento sanzionatorio. E' pertanto ricorrente nella dottrina formatasi durante la vigenza del *code Napoléon* del 1810 l'affermazione che "*les circonstances aggravantes jouent le meme role que celui d'une incrimination*" ⁽⁴⁰⁾. Anche la giurisprudenza utilizza comunemente il termine *circonstance aggravante* attribuendole evidentemente il significato di modalità tecnica di costruzione della fattispecie e non già quello, carico di con-

³⁹ La parte generale è stata approvata con legge 22 luglio 1992, n. 683; la parte speciale con le leggi n. 684, 685 e 686 in pari data.

⁴⁰ Così: CHAVANNE, *Les circonstances aggravantes en droit francais*, in *Revue int. de droit pénal*, 1965, p. 533. Sulle circostanze aggravanti nel sistema francese, si vedano: BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit Pénal et de criminologie*, Paris, 1970, vol. I, p. 656 ss.; STEFANI-LAVASSEUR, *Droit pénal general*, Paris, 1978, p. 285 ss.; PRADEL, *Droit pénal*, Paris, 1977, p. 597.

trapposizione con gli elementi costitutivi, con cui lo si utilizza nell'ordinamento italiano ⁽⁴¹⁾.

Non essendovi "natura" differenziata, non si presenterà nemmeno uno specifico problema di responsabilità colpevole per le *circonstances aggravantes* che seguiranno le regole generali d'imputazione per dolo o per colpa previste dall'art. 121-3 c.p.

Mancando la figura del reato circostanziato come noi lo intendiamo, le figure che definiscono particolari condizioni inerenti alla persona del colpevole sono disciplinate specificamente e con autonomo rilievo che mai si trova ad interferire con altri "elementi accidentali".

La *récidive* (artt. 132.8 - 132-15 c.p.) ⁽⁴²⁾ incide sulle cornici edittali, di cui vengono individuate fasce più gravi nel sistema delle pene. Tali fasce discendono dalla gravità del crimine del delitto o della contravvenzione precedentemente commessi in rapporto alla gravità o alla qualità della nuova *infraction pénale* commessa ed al tempo trascorso.

Disciplina particolare è dettata per il disturbo psichico che ha alterato il discernimento o il controllo degli atti senza abolirlo (art. 122-1/2 c.p.). Non è prevista una diminuzione graduata di pena, ma il giudice deve tener conto di tale elemento nel determinare la pena e nel fissarne il regime.

⁴¹ Per la giurisprudenza si veda: PUECH, *Les grands arrêts de la Jurisprudence criminelle*, Paris, 1986, p. 259 (*effects sur la qualification de l'infraction*) e p. 343 (*complicité*).

⁴² Artt. 56-58 del c.p. previgente. Cfr.: BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit pénal*, cit., p. 662; STEFANI-LAVASSEUR, *Droit pénal general*, cit., p. 475 ss.; PRADEL, *Droit pénal*, cit., p. 598.

È profondamente innovata la disciplina speciale concernente l'applicazione delle sanzioni ai minorenni. Si passa infatti dall'*excuse atténuante de minorité* applicabile a tutti i reati per i quali interveniva condanna ⁽⁴³⁾ al rimando ad un sistema regolato da regole specifiche che prescindono da un rapporto graduato con le pene ordinariamente previste per i maggiorenni (art. 122-8 c.p.).

Un'ulteriore innovazione introdotta dal nuovo codice penale francese consiste nell'eliminazione della figura, centrale nel precedente ordinamento, del riconoscimento delle *circonstances atténuantes*. In presenza di tale riconoscimento, previsto dall'art. 463 del codice previgente, veniva data al giudice la possibilità di ridurre in maniera assai sensibile la pena, attraverso un uso molto largo della discrezionalità ⁽⁴⁴⁾

⁴³ Artt. 66 e 67 c.p. del 1810.

⁴⁴ Si affermava in giurisprudenza che *L'existence des circonstances atténuantes est abandonnée à l'appréciation souveraine du juge du fait, qui n'est pas tenu de motiver sa décision à cet égard*. Così Cass. crim., 24 ottobre 1973, in *Bull.crim.*, 1973, p. 930, m. 379. La tecnica utilizzata dal testo previgente consisteva nel cambiamento qualitativo della pena o nel rilevantissimo abbattimento dei minimi edittali (es.: minimo di due anni di *emprisonnement* nel caso in cui fosse prevista la pena perpetua, minimo di un anno negli altri casi di crime applicazione anche della sola ammenda o sostituzione della pena detentiva se si tratta di *délit* per il quale fosse prevista la pena originaria dell'*emprisonnement*, sulla base della tripartizione francese che distingue *crimes, délits e contraventions*. Sul punto si veda: BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit pénal*, cit., p. 208. Il testo dell'art. 463 del codice abrogato risaliva alla legge n. 83-466 del 10 giugno 1983 ed era stato preceduto da una serie notevolissima di modifiche, ampliamenti, restrizioni ed esclusioni. La norma del testo originario del 1810 disciplinava in via generale il solo caso in cui le circostanze del fatto apparivano tali da renderlo attenuato ed il danno causato col reato non eccedesse i 25 franchi. Sul punto si veda: CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, Bruxelles, 1825, vol. IV, p.95 s. Successivamente la norma fu utilizzata come stru-

La facoltà data al giudice applicare una pena sensibilmente più bassa rispetto a quella prevista per i singoli reati è ora disciplinata dagli artt. 132-18, 132-19 e 132-20 c.p. configurandosi come potere discrezionale e non più come applicazione di attenuante.

Col nuovo *code pénal* sono state eliminate le non numerose ipotesi di *excuses atténuantes* previste nella parte speciale (es.: art. 101 e 213 c.p. del 1810) alla cui ricorrenza il giudice determinava la pena in un nuovo quadro edittale. Fra tali figure appariva particolarmente significativa la disciplina della provocazione in tema di omicidio, lesioni e percosse (artt. 321-325 c.p. del 1810).

Nella parte speciale del nuovo c.p. sono state introdotte in fine talune ipotesi di *réduction de peine*, tutte caratterizzate

mento per abbassare il rigore sanzionatorio assai elevato della parte speciale, attraverso un ricorso massiccio a progressivi aggiustamenti. La prima modificazione fu adottata nel 1832 avendo di mira un duplice obiettivo." di mitigare, con una regola generale, le penalità troppo rigorose e talvolta eccessive del codice e di tener conto di talune circostanze del fatto, di talune gradazioni della colpevolezza che il codice non ha preveduto, che nondimeno, per essere giusto il castigo, debbono entrare nella valutazione della moralità dell'agente". Così CHAUVEAU, *Teorica del codice penale*, Napoli, 1855, vol. II, p. 702. Fra le varie riforme appare significativa quella apportata durante il periodo di Napoleone III con la legge 13 maggio 1863, in cui furono disciplinate in ben 11 commi le fasce di pena in caso di *circumstances atténuantes*. Si veda: *Supplement au Code pénal*, Paris, 1864, p.191 s. L' *Avant-projet définitif de code pénal*, Paris, 1978, non prevedeva alcuna innovazione concernente gli elementi accidentali del reato. Con la legge n. 86/1020 del 9 settembre 1986, erano stati inseriti gli artt. 463-1 e 463-2 c.p. Quest'ultimo, nel quadro della lotta al terrorismo e agli attentati alla sicurezza dello stato, introduceva alcune fattispecie di *excuses atténuantes* con carattere premiale. Si veda: *Francia: la recente legislazione dell'"emergenza": le leggi del 9 settembre 1986, n. 86/1019 e n. 86/1020*, in *Indice pen.*, 1987, p.101.

dal carattere "premiante" conseguente ad un comportamento successivo al reato. Così viene diminuita la pena in caso di liberazione dell'ostaggio nel sequestro di persona (artt.224-1 al. 3, 224-3 al. 3, 224-4 al 3 c.p.); qualora sia stata avvertita l'autorità con la conseguente cessazione dei comportamenti incriminati e l'identificazione dei colpevoli nei reati di: falso nummario (art. 442-10 c.p.), atti di terrorismo (art.422-2 c.p.) e traffico di stupefacenti (art. 222-43 c.p.).

Può dunque affermarsi che, dopo la riforma del 1992 il codice penale francese ha confermato ed accentuato ulteriormente la peculiarità di sistema senza circostanze che appare dunque caratterizzato dall'assimilazione delle ipotesi aggravate nella disciplina nella titoli autonomi e dall'eliminazione di ogni diminuzione di pena connessa ad elementi connessi al fatto-reato.

Il problema della qualificazione giuridica del reato in caso di *complicité* non poteva non aprire significativi problemi interpretativi in un ordinamento come quello francese nel quale, anche nel nuovo codice (artt. 121-6 e 121-7), si distingue fra autore principale e complice (45).

Si è giunti ad opera della giurisprudenza formatasi sotto il codice previgente alla conclusione che, mentre il complice risponde delle "aggravanti" che sono collegate alla condotta o

⁴⁵ La disciplina riceve una notevole semplificazione rispetto a quella degli artt. 59 e 60 del vecchio c.p., confermandone tuttavia la struttura che distingue fra autore principale e complice. Secondo la vigente disciplina è complice di crimine o di un delitto la persona che scientemente, con aiuto o assistenza ne facilita la preparazione o la consumazione. E' egualmente complice la persona che con dono, promessa, minaccia, ordine, abuso d'autorità o di potere avrà istigato ad un'infrazione o dato istruzioni per commetterla.

alla persona dell'autore principale, viceversa quest'ultimo non risponde di quelle riferibili al complice. In dottrina si sottolinea che la soluzione, se presenta significativi problemi in termini di colpevolezza in relazione alle circostanze che attengono all'elemento materiale del reato, appare ancor più problematica per quelle soggettive che attengono alla persona dell'autore principale ⁽⁴⁶⁾.

Nell'ordinamento spagnolo il sistema delle circostanze si inquadra nel particolare meccanismo "tariffario" di determinazione della pena previsto dal codice penale, riformato organicamente nel 1973 ⁽⁴⁷⁾.

L'art 78 c.p. suddivide tutte le otto pene ⁽⁴⁸⁾ che incidono sulla libertà personale (detentive-temporanee o limitative) in tre gradi: il minimo, il medio, il massimo. I singoli reati, a loro volta, prevedono come sanzione una delle suddette pene (nello spazio delimitato da tutti e tre i gradi) ovvero una pena pecuniaria (art. 63 c.p.) determinata in parte speciale fra un minimo e un massimo. Pena privativa della libertà e pena pecuniaria possono essere anche congiunte.

In tale contesto l'art 61 c.p. dispone al n. 4 che, in assenza di circostanze, la pena sia determinata nei gradi minimo o

⁴⁶ Per quanto concerne l'individuazione delle principali aggravanti previste nel codice francese e la loro estensione ai concorrenti, cfr.: CHAVANNE, *Les circonstances aggravantes en droit français*, cit., p. 536

⁴⁷ Tale sistema trova conferma sia in *Anteproyecto de codigo penal* 1992, Madrid, 1992, pp. 22-23 e 32-34 (artt. 20-22 e 61-69), sia nel *Proyecto de Ley organica del codigo penal*, pp. 66-67 e 76-78 (artt. 20-22 e 61-69).

⁴⁸ Indicate nell'art. 73 ed i cui gradi di durata sono stati definiti dalla Ley organica n. 8 del 25 giugno 1983. Si vedano: ALONSO ALAMO, *El sistema de circunstancias en el delito*, Madrid, 1982; RODRIGUEZ DEVESA - SER-RANO GOMEZ, *Derecho penal espanol*, Madrid, 1992, p. 689 s.

medio tenuto conto della gravità del reato e della personalità dell'autore. Con l'attuale formulazione della norma, il legislatore del 1973 ha determinato un sensibile abbattimento dei massimi di pena, in quanto, in precedenza, per il reato semplice il giudice poteva spaziare fra tutti e tre i gradi della pena prevista.

L'art. 61 c.p. individua anche i mutamenti di pena determinati dalle circostanze. Se ricorre anche solo un'attenuante la pena sarà applicata nel suo grado minimo; se ricorre solo un'aggravante, la pena sarà applicata nei suoi gradi medio o massimo, mentre se concorrono più aggravanti la pena sarà sempre applicata nel grado massimo. In caso di concorso eterogeneo di circostanze si procede al loro bilanciamento *graduando el valor de unas y otras*.

Qualora concorrano più attenuanti o anche una sola che però sia molto significativa e non sia applicabile alcuna aggravante, può essere irrogata una delle due pene immediatamente meno gravi rispetto a quella prevista per il reato, determinandola nel grado ritenuto adeguato in base all'entità ed al numero delle circostanze (art. 61 n. 5 c.p.). La circostanza, in tal caso, condiziona la scelta del tipo e del grado della pena, non in forza di un meccanismo prefissato, ma in base ad una scelta discrezionale di cui entità e numero delle circostanze divengono i criteri. Trattasi, con tutta evidenza, di disposizione con funzione di "valvola" rispetto agli eccessi sanzionatori del caso concreto già presente ancor prima della riforma del 1973. Attorno a questa norma, come peraltro avviene in quasi tutti gli ordinamenti in relazione a disposizioni di "fuga", la giurisprudenza tende a risolvere con clausole di stile il problema della motivazione: *se trata de una facultad*

discrecional de la que puede hacer uso el Tribunal a su prudente arbitrio ⁽⁴⁹⁾.

L'art. 61 n.7 detta infine la regola per la determinazione della pena all'interno di ciascun grado. Prevedendo quali criteri il numero e il rilievo delle circostanze aggravanti e attenuanti oltre che la maggiore o minore entità delle conseguenze prodotte, il *codigo penal* privilegia evidentemente, in tale fase, i parametri oggettivi di quantificazione, in quanto eventuali componenti soggettive potranno essere considerate solo attraverso il filtro del numero e del rilievo delle circostanze. Tale regola si differenzia, con tutta chiarezza, da quella sopra descritta concernente la scelta fra i gradi della pena in assenza di circostanze (art.61 n.4), per effetto della quale vengono espressamente considerati i fattori personologici.

Nel sistema spagnolo ⁽⁵⁰⁾ la quantificazione in concreto della pena e le circostanze, dunque, sono tutt'uno. La previsione astratta delle pene per gradi individua, *all'interno alla cornice edittale*, unitamente alle conseguenze delle circostanze, anche il limite di spostamento della pena da un quadro astratto ad un altro. L'elemento accidentale non dà quindi

⁴⁹ Su tale costante orientamento si veda: DEL ROSAL, *Codigo penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, p. 196

⁵⁰ Si vedano le seguenti opera di carattere generale: BERISTAIN, *Ciencia penal y criminologia*, Madrid, 1985; CARMONA SALGADO, *La circunstancia atenuante de arrebatado u abcepcion*, Granada, 1983; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON, *Derecho penal*, voll. I e II, Valencia, 1982; GOMEZ BENITEZ, *Teoria iuridica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984; LOPEZ REY Y ARROJO, *Compendio de criminologia y politica criminal*, Madrid, 1985; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1984; SANZ MORAN, *El concurso de delitos. Aspectos de politica legislativa*, Valladolid, 1986.

origine a diverse o addirittura più ampie cornici di pena, ma le restringe; determinando una variazione del quadro astratto, contribuisce a delimitare gli spazi al cui interno avverrà la quantificazione in concreto.

Le circostanze aggravanti e attenuanti sono previste, oltre che in parte speciale, anche in due elenchi in parte generale, rispettivamente agli articoli 9 e 10 c.p. Rientrano in tali elenchi, coerentemente con la natura di cause di variazione della pena, sia l'aggravante della recidiva (art.10 n. 15 c.p.) che l'attenuante della minore età (art. 9 n. 3 c.p.).

Anche la figura prevista dall'art. 11 c.p. è coerente con un sistema che situa all'interno della cornice edittale le variazioni dovute alle circostanze. Tale norma prevede che il rapporto di parentela divenga attenuante o aggravante in base alla situazione concreta, ai motivi ed agli effetti: la norma intende produrre il risultato tipico della circostanza rappresentato dalla variazione del segmento di pena applicabile, ma rimanda al momento giudiziale per l'individuazione del contenuto significativo.

In conseguenza della rigorosa collocazione delle circostanze nel momento di quantificazione della pena, infine, va rilevato che il codice spagnolo utilizza assai frequentemente, in parte speciale, la figura del titolo autonomo di reato caratterizzato da elemento specializzante, ancorché la tecnica legislativa cui fa ricorso nelle ipotesi che tradizionalmente, negli ordinamenti, sono più articolate (es.: artt. 405-409 c.p. *del homicidio*; artt. 500-513 *de los robos*) evidenzia talvolta un'interdipendenza più vicina a quella che caratterizza il rapporto fra titolo autonomo e circostanza.

Nell'ordinamento spagnolo vengono disciplinati congiuntamente dall'art. 60 c.p. il criterio soggettivo di imputazione e

l'estendibilità delle circostanze ai concorrenti. Il primo comma di tale articolo prevede che le circostanze aggravanti o attenuanti che consistono nella disposizione morale dell'autore, nei suoi particolari rapporti con l'offeso o in un'altra causa personale serviranno per aggravare o attenuare la responsabilità solo per quei colpevoli per i quali ricorrano. Il secondo comma prevede che le aggravanti e le attenuanti che consistono nella esecuzione materiale del fatto o nei mezzi impiegati per realizzarlo serviranno per aggravare o attenuare la responsabilità unicamente di coloro che le conoscevano al momento dell'azione o del concorso nel delitto (⁵¹).

La valutazione della disciplina degli elementi accidentali del reato in alcuni altri ordinamenti ha evidenziato la peculiarità di quello italiano, rappresentata dalla convivenza, nel sistema, dei due modelli dell'efficacia comune e speciale. Tale valutazione ha inoltre evidenziato la tendenza degli altri sistemi a plasmare le circostanze attorno ad un unico modello, non senza difficoltà nel far rientrare nel sistema talune figure.

7. Si è ora in grado di tirare le fila della ricostruzione sin qui effettuata.

Il problema della colpevolezza nelle circostanze può trovare una coerente soluzione se riceve una triplice delimitazione.

Sul piano quantitativo si pone il problema dell'eliminazione dal novero delle circostanze delle figure che mostrino un contenuto non particolarmente significativo quanto all'offesa.

⁵¹ Cfr.: RODRIGUEZ DEVESA - SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, cit., p. 696. La disposizione è riproposta senza modifiche sia in *Anteproyecto de codigo penal che nel Proyecto de ley organica del codigo penal*, all'art. 62. Si veda: *Anteproyecto*, cit., p. 32; *Proyecto de ley organica*, cit., p. 76.

Valorizzare l'imputazione colpevole di un elemento insignificante sul piano fattuale banalizza il significato garantista della colpevolezza.

Sul piano qualitativo, sottolineando la caratteristica del giudizio di colpevolezza di attenersi al momento motivazionale, dovranno essere esclusi da qualsiasi coefficiente di imputazione per totale incompatibilità le circostanze che non individuano un fatto dominabile, ma che costituiscono indici diretti di valutazione *ex post* del reato commesso. Una tale scelta porta a suggerire di portare tali figure al di fuori del sistema delle circostanze.

Quanto al diverso grado dei coefficienti di colpevolezza, deve premettersi, seguendo la ricostruzione effettuata nel presente capitolo, che l'aggravamento di pena può esprimersi nella fattispecie attraverso diverse modalità strutturate attorno a due modelli, alternativi su un piano astratto, ancorché intersecati nei concreti ordinamenti: la specificazione del reato connessa ad una variazione della cornice edittale e la valorizzazione di un parametro di quantificazione della pena all'interno della cornice edittale del reato semplice. Nell'ordinamento italiano le circostanze ad efficacia speciale e comune, pur presentando qualche analogia con gli opposti modelli delineati, se ne differenziano tuttavia per numerosi aspetti.

Nell'ordinamento tedesco, con la riforma del 1975, si è costruita la figura del fatto grave in rapporto a singole figure criminose, nella quale il passaggio ad un nuovo quadro edittale non interviene attraverso un "fatto tipico" e quindi mediante un giudizio di identità tra il fatto e la fattispecie tassativamente individuata dalla legge, ma tramite un giudizio di particolare gravità di cui vengono di regola fornite alcune ipotesi indicative.

Nell'ordinamento francese le ipotesi aggravate, esclusa la recidiva, sono tutte previste in parte speciale sono costruite alla stregua di autonome figure criminose; non vi è quindi necessità di autonoma disciplina rispetto alla fattispecie semplice mancando qualsiasi momento nel quale l'ipotesi aggravata debba rapportarsi a tale fattispecie. La rigidità del sistema è temperata da amplissimi margini discrezionali nella quantificazione della pena.

Nel codice penale spagnolo, invece, fatta salva la possibilità di efficacia sub-edittale delle attenuanti, si forniscono al giudice, attraverso le circostanze, ulteriori elementi oltre a quelli ordinari di quantificazione, per individuare lo spazio al cui interno avverrà la concreta quantificazione, determinando la scelta di uno dei tre gradi in cui sono divise le otto pene privative o limitative della libertà personale.

A seconda delle scelte di tecnica legislativa, lo spazio da assegnare al momento di garanzia rappresentato dall'imputazione colpevole di un sostrato materiale non costitutivo del reato presenta in primo luogo problemi di delimitazione. Circostritto il campo alle sole fattispecie che presentano esigenze di colpevolezza si pongono quindi problemi di individuazione del coefficiente adeguato.

Lo strumento tecnico attraverso il quale l'ordinamento perviene a garantire al singolo che gli elementi significativi non costitutivi (o, più semplicemente, accessori) saranno accollati solo in base ad un rimprovero colpevole può assumere forme diverse, come emerge dal raffronto fra le discipline adottate nei vari ordinamenti.

Se il presupposto per imputare al singolo una pena inserita in un quadro edittale più severo non è l'attribuzione di un ulteriore elemento individuato con la tecnica della previsione

tipica, ma un giudizio di gravità *in concreto*, il problema della colpevolezza per l'*an* si porrà in sede giudiziale, nell'esercizio del potere discrezionale volto ad identificare l'elemento significativo che porta a ritenere l'esistenza di gravità tale da giustificare lo *Strafrahmen* più elevato. Il giudice valuterà se il caso sia da considerare particolarmente grave anche attraverso gli esempi tipici non vincolanti, e l'elemento che verrà individuato come aggravatore dovrà essere rimproverabile in base ad un certo coefficiente di colpevolezza.

È dunque significativa e coerente la disciplina tedesca in cui, al di fuori dei delitti aggravati dall'evento per i quali è richiesta per lo meno imprudenza ai sensi del § 18 dello StGB, debbano trovare applicazione le regole sul *dolo*, sia in relazione agli esempi tipici (per quanto gli stessi non appartengano al tipo), sia in relazione ai casi particolarmente gravi indeterminati. "Il dolo deve in tal caso abbracciare le circostanze sulle quali il giudice basa l'apprezzamento del caso particolarmente grave, poiché non possono farsi differenze fra i casi in cui è lo stesso legislatore a formulare i presupposti di una causa di aggravamento rispetto a quelli in cui li affida alla decisione del giudice" (52).

Appaiono significative due ulteriori precisazioni in relazione ai coefficienti di colpevolezza negli elementi accidentali dell'ordinamento tedesco. Con la prima va sottolineato che i fatti particolarmente gravi sono valutati nell'ordinamento tedesco come momenti che debbono formare oggetto di *Vorsatz* e quindi sono sottoposti alla disciplina del § 15, che prevede la punibilità a titolo di dolo in mancanza di un'espressa previsione colposa. Tale precisazione appare significativa in un

⁵² Cfr.: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit. p. 237

contesto dogmatico che disciplina invece la colpevolezza relativa alla quantificazione della pena al § 46 che dispone *Die Schuld des Taters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*. Con la seconda considerazione va sottolineato che il radicamento nell'ordinamento tedesco della regola di imputazione dolosa dell'elemento accidentale non nasce nel contesto della riforma; basti rilevare al riguardo che la norma sull'errore prevista dallo StGB tedesco prima del 1975 (§ 59), considerata la disposizione cardine in materia di esclusione di *Vorsatz* ⁽⁵³⁾, prevedeva la rilevanza dell'errore, non solo in relazione agli elementi costitutivi, ma anche alle aggravanti.

Può dunque affermarsi che la disciplina degli elementi accidentali costruita sul "caso particolarmente grave", non si è limitata tanto a perfezionare il sistema delle aggravanti dell'ordinamento tedesco *ma lo ha sostituito* sul piano della struttura delle fattispecie, riproponendo in termini di colpevolezza la regola dell'imputazione dolosa dell'elemento posto alla base del più grave quadro di pena ⁽⁵⁴⁾.

La ricostruzione fin qui effettuata evidenzia come venga delineandosi il quadro delle possibili soluzioni dei rapporti tra sostrato materiale della circostanza e principio di colpevolezza.

⁵³ In forza del § 59 anteriore alla riforma del 1975, per aversi dolo la dottrina riteneva che la conoscenza dovesse estendersi alle circostanze di fatto già esistenti. Così: WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1958, p. 63 il quale descrive tale oggetto del dolo come *die Kenntnis der bereits vorhandenen Tatbestände*. In tale nozione di *objektive Tatbestand* rientrano anche *als weitere objektive Tatbestände einzelnes Tatbestände hinzu* (ivi, p. 58).

⁵⁴ Come d'altronde ebbe ad affermare la dottrina che anticipava la riforma.

La prima alternativa nasce dalla scelta se il presupposto per applicare al reo le conseguenze sanzionatorie più gravi previste nell'elemento accidentale sia un giudizio di *tipicità* (come negli ordinamenti italiano e spagnolo), oppure un giudizio di *maggior gravità* (come nell'ordinamento tedesco).

Negli ordinamenti caratterizzati dalla presenza di aggravanti tipiche si è optato, sia pure aderendo ai diversi sistemi di "dosimetria", soltanto per le circostanze dentro la cornice edittale (come in Spagna), soltanto per le circostanze fuori della cornice edittale (come nell'ordinamento tedesco prima del 1975 ed in talune fattispecie francesi di parte speciale), o prevedendo l'uno e l'altro caso (come nel sistema italiano).

Negli ordinamenti in cui si rimane all'interno della cornice edittale, come in Spagna, appare sicura la collocazione della circostanza nel quadro della quantificazione della pena, mentre negli ordinamenti in cui si esce da tale cornice appare altrettanto sicura, come in Germania prima del 1975 ed in Francia, la collocazione della circostanza nel quadro della specificazione della fattispecie astratta.

L'una e l'altra soluzione condizionano fortemente l'intera disciplina delle circostanze e quindi anche la soluzione del problema della colpevolezza.

Se si esce dalla cornice edittale del reato semplice in base ad un giudizio preliminare avente ad oggetto la *maggior gravità*, la norma è costruita come scelta fra due quadri edittali e la garanzia di colpevolezza, per essere coerente col principio, si presenterà come esplicazione di una *regola di giudizio* che impedisce al giudice di tener conto di quanto non era dominabile psicologicamente dal reo, per passare al trattamento sanzionatorio più severo. Nell'ordinamento tedesco, che prevede fatti particolarmente gravi solo per i reati dolosi,

il legislatore ha ritenuto che tale possibilità di dominio sia espressa adeguatamente solo dal coefficiente del dolo.

Negli ordinamenti in cui invece si esce dalla cornice edit-tale in base ad un giudizio di tipicità dovrà ritenersi adeguato il coefficiente che garantisce rimprovero per quanto l'aggra-vante descrive e per le conseguenze che dall'aggravante deri-vano. È per tale motivo che da sempre l'ordinamento france-se e l'ordinamento tedesco prima del 1975 hanno fatto aderire l'elemento soggettivo di tali circostanze a quello degli ele-menti costitutivi.

Una riforma organica dell'imputazione di circostanza nell'ordinamento italiano dovrebbe dunque muoversi in un contesto in cui sia preliminarmente definito l'effetto delle cir-costanze "tipiche" fuori o dentro la cornice edittale.

Mentre all'interno della cornice edittale appare adeguato a garantire le esigenze di colpevolezza anche un coefficiente colposo, ci si deve chiedere se, nel reato doloso, una circo-stanza che porti la pena oltre la cornice edittale dovrebbe ne-cessariamente comportare un coefficiente doloso.

Il problema si pone nei termini seguenti. Il superamento del limite segnato dalla cornice edittale del reato semplice non consente di considerare la parte eccedente tale limite come un momento di quantificazione, in cui è sufficiente che gli elementi di cui il giudice tiene conto siano riflessi nella colpevolezza, con la conseguente esclusione di quelli sui qua-li il reo non avrebbe potuto esercitare alcun controllo, senza necessità di definire il grado di tale colpevolezza.

In caso di effettiva efficacia ultra edittale, se non si asse-gna un limite al giudice, questi potrebbe applicare pene ele-vatissime per il solo effetto della previsione di circostanze,

senza che la norma gli imponga di sorreggerle con un coefficiente soggettivo in grado di giustificarle.

L'alternatività dei coefficienti rischia di creare situazioni in cui si fuoriesce e per eccesso o per difetto dal coefficiente adeguato di imputazione.

Il superamento sensibile della cornice edittale nel reato doloso (si pensi a situazioni simili a quella dell'attuale divario fra la pena del furto semplice rispetto a quello pluriaggravato) pone un problema di *adeguatezza* del coefficiente soggettivo, quanto meno in rapporto alla particolarissima significatività della pena introdotta dall'elemento circostanziale.

La soluzione può trovarsi soltanto facendo appello ad un rapporto ragionevole tra l'elemento materiale che porta oltre la cornice edittale ed il coefficiente di imputazione.

Sotto tale profilo non deve però ritenersi che il futuro legislatore debba necessariamente abbandonare la regola dell'imputazione anche colposa di tutte le circostanze, comprese quelle ultra edittali, introdotta con la modifica dell'art. 59 c.p. e puntualizzata nello Schema di legge delega per la riforma del codice penale e nel disegno di legge n. 2038.

Per le circostanze con efficacia ultra edittale occorre, a nostro avviso, definire in termini di ragionevole adeguatezza il coefficiente soggettivo di imputazione, attraverso un uso calibrato delle componenti psicologiche tipiche delle singole circostanze. Occorre quindi che i momenti specificativi della condotta che caratterizzano alcune aggravanti speciali, come nel furto, siano prevalentemente arricchiti di una componente soggettiva che ne evidenzia la "continuità" col dolo previsto per gli elementi costitutivi. Tale valorizzazione contribuirebbe ad attribuire una razionale funzionalità a questo gruppo di attenuanti a contenuto psicologico. Occorre inoltre che, qua-

lora si oltrepassi la cornice edittale senza richiedere un coefficiente doloso, il sostrato materiale tipico della circostanza assuma una rilevantissima portata anche qualora si manifesti, in concreto, con atteggiamento "colposo" del reo, avendo comunque riguardo alla ragionevolezza dell'aumento di pena rispetto al reato semplice doloso ⁽⁵⁵⁾.

⁵⁵ Il disegno di legge n. 2038 si limita a fissare l'efficacia ultra edittale nei limiti di due terzi di massima diminuzione sul minimo e di massimo aumento sul massimo della pena. Cfr.: *Disegno di legge*, cit., p. 986.

CAPITOLO QUINTO

COEFFICIENTI DELLA COLPEVOLEZZA NELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

SOMMARIO: 1. La conoscenza dell'aggravante. 2. Fondamento e funzione della "colpa" per mancata conoscenza dell'aggravante. 3. Struttura della "colpa" per mancata conoscenza. 4. L'evitabilità dell'errore o della mancata conoscenza. 5. Il problema dell'imputazione colpevole per le aggravanti costituite da un risultato della condotta. 6. Conoscenza e conoscibilità degli elementi da cui deriverà causalmente l'aggravante.

1. Delineati i profili della colpevolezza quanto a significatività, disvalore e funzione delle circostanze, diviene necessario, per definire il nostro argomento, valutare i coefficienti di imputazione previsti dall'art. 59/2 c.p. sotto il profilo contenutistico.

La struttura della "conoscenza", per il suo carattere di coefficiente "reale", impone di impostare un raffronto con il dolo del reato.

La nozione di dolo, secondo la dottrina, si ricava dall'insieme delle disposizioni che concorrono a determinare, in positivo o in negativo, gli elementi che debbono essere conosciuti e voluti per aversi punibilità a tale titolo. Vanno quindi ad integrare tale nozione, oltre agli artt. 42/1 e 43, anche gli articoli 5, 47, 59 e 44 c.p.

Va rilevato che la conoscenza, prevista per le aggravanti, non é componente necessaria del dolo del reato, compatibile anche con una situazione di dubbio ⁽¹⁾. La distinzione fra co-

¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 319.

noscenza della circostanza e dubbio sulla sua esistenza ha carattere puramente classificatorio stante l'equiparazione degli effetti della conoscenza a quelli della conoscibilità. Il dubbio va equiparato alla conoscenza allorché il soggetto accetta la possibilità che la situazione rappresentata sia effettiva, mentre va equiparato alla conoscibilità allorché il soggetto, nonostante la rappresentazione, ritiene che il dubbio stesso sia infondato e l'errore rappresentativo sia determinato da colpa ⁽²⁾

All'attuale sistema si potrebbe obiettare di non aver adeguatamente calibrato le esigenze di colpevolezza e di non aver realizzato in particolare la maggior possibile identità fra il reato doloso ed il coefficiente previsto per le circostanze che vi accedono, specie in relazione alle aggravanti che oltrepassano la cornice edittale e che hanno sovente una valenza specificativa del reato semplice e dunque dovrebbero essere quasi "naturalisticamente" dolose, specie quando si incontrano su specificazioni dell'agire finalistico che permea il reato doloso. Sotto tale profilo si segnala, ad esempio, la scelta dello *Stgb* tedesco prima del 1975 in cui si attribuiva il medesimo coefficiente soggettivo del reato alle aggravanti e che si ripropone dopo la riforma per i *Besonders schwere Falle* ⁽³⁾

La relazione allo schema di legge delega e quella al disegno di legge n. 2038 prendono in considerazione l'argomento. La prima afferma che una simile equiparazione avrebbe sottoli-

² Una delle critiche che possono muoversi ai progetti di riforma che prevedevano il solo coefficiente della conoscenza si incentra sull'osservazione che la conoscenza, in relazione a situazioni dolose, integrerebbe un "dolo" più intenso rispetto a quello previsto per gli elementi costitutivi del reato.

³ Si veda: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 237.

neato inopportunamente una valenza pressoché "costitutiva" degli elementi circostanziali, mentre la seconda specifica che l'applicazione delle circostanze avviene in termini di discrezionalità, e dunque assume un forte connotato di momento quantificativo (4). La considerazione appare condivisibile nel senso che una norma siffatta assumerebbe un significato di "chiusura" del sistema delle aggravanti dei reati dolosi, impedendo che a questi ultimi possano comunque accedere elementi accidentali la cui esistenza non si sia riflessa nella rappresentazione dell'agente. Una siffatta disposizione impedirebbe inopportunamente l'imputazione degli elementi di contorno significativi in termini di offesa, estranei al momento conoscitivo, ma percepibili dall'agente usando maggiore diligenza.

Il problema delle aggravanti naturalisticamente dolose perché momenti dell'agire finalistico non è dunque tale da comportare una così rigida strutturazione della norma di parte generale sull'imputazione di circostanza, anche se richiederà una risposta in termini di tecnica legislativa, che potrebbe essere realizzata accompagnando al sostrato materiale anche un atteggiamento soggettivo tipizzato, proprio per evitare che un'innaturale estensione all'ambito colposo possa portare ad interpretazioni distorte.

2. Per l'imputazione delle aggravanti non conosciute si pone il problema se la "colpa" possa essere costruita seguendo i medesimi percorsi dogmatici utilizzati per approfondire la struttura del reato colposo. Integra tale reato, come è noto,

⁴ Cfr.: *La riforma*, cit., c.319; *Disegno di legge*, cit., p. 957.

uno specifico tipo di azione punibile caratterizzata dalla presenza di un elemento oggettivo costituito dalla condotta che viola una regola cautelare che imponeva un certo comportamento in una situazione di pericolo per la lesione di certi beni. Accanto a detto elemento si collocano la non volontarietà del fatto e la capacità del reo di adeguarsi alla situazione doverosa (5)

Va rilevato che un' imputazione colpevole di tipo potenziale per le aggravanti non pare richiedere necessariamente di manifestarsi attraverso forme identiche a quelle della colpa, che è propria del reato colposo il cui contenuto oggettivo *cautelare* (6), fortemente normativo, sta ad indicare una specifica modalità tecnica di tutela del bene volta ad evitare che le situazioni di pericolo si trasformino, per il mancato rispetto di regole prudenziali in un danno. Senza regola cautelare violata non può aversi la struttura del reato colposo mentre ci si deve chiedere se la presenza di tale elemento sia richiesta per l'imputazione delle aggravanti.

L'unificazione terminologica di diversi coefficienti potenziali nell'unica categoria della "colpa", prescindendo dal rilievo che abbiano o non abbiano una funzione cautelare, se può essere stimolo a non indulgere nel momento applicativo all'imputazione incolpevole del sostrato materiale della circostanza, deve però tradursi in un'interpretazione che evidenzi e non lasci sfuggenti le profonde differenze che esistono fra le

⁵ GALLO M., *Colpa penale*, cit., p. 624 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 335 ss.; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 381ss.

⁶ Cfr.: ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 384.

varie situazioni di "colpa", per gli evidenti effetti fuorvianti che altrimenti potrebbero essere indotti.

Nulla vieta che il contenuto della circostanza possa assumere una funzione cautelare, volta cioè a prevenire risultati dannosi, ma tale funzione non è essenziale, nel senso che il rimprovero colpevole deve potersi focalizzare sulla possibilità di conoscere (7).

L'attuale caratterizzazione delle aggravanti nel sistema penale porta ad escludere che le stesse abbiano una generalizzata funzione cautelare, quasi il loro contenuto fosse una sorta di precetto volto ad evitare che sia lesa la specifica articolazione al bene che la circostanza definisce. Circostanza aggravante e reato colposo hanno specifiche e diverse funzioni nell'ordinamento. A tale risultato si giunge valorizzando la posizione delle circostanze nell'ordinamento, e non il loro contenuto. In entrambi i casi, infatti, difetta la conoscenza del sostrato materiale tipico ed è possibile individuare in astratto una capacità soggettiva di conoscere attraverso uno sforzo di attenzione. È però l'approfondimento dei fini che l'ordinamento persegue con reato colposo e circostanze può dirci se si debba ricercare come elemento di struttura anche la dimensione oggettiva della colpa costituita dalla condotta violatrice di una norma cautelare volta ad evitare la lesione dell'articolazione al bene giuridico integrata dalla circostanza.

Il contenuto colpevole dell'aggravante appare posto in funzione della sua natura di indice di maggiore gravità del reato

⁷ Si pensi alle circostanze aggravanti previste dall'art. 589 c.p. costituite dall'aver violato norme sulla circolazione stradale o sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro.

che non può pesare sul reo se non è riflesso nella colpevolezza. La funzione del coefficiente di imputazione mira pertanto a garantire in modo strumentale la funzione orientativa della colpevolezza; la possibilità per il reo di dominare psichicamente la realtà esterna non è tanto in funzione dell'orientamento della condotta in direzione dell'evitabilità dell'errore o dell'ignoranza che è condizione per legittimare colpevolmente l'aggravamento della pena.

A riprova dell'assenza di una finalità cautelare nell'imputazione colposa di circostanza si possono prendere in considerazione in via esemplificativa talune circostanze, come il furto commesso "nelle stazioni" (art. 625 n.6 c.p.), su cose "esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede" (art. 625 n.7 c.p.), o "su tre o più capi di bestiame raccolti in mandria" (art. 625 n. 8 c.p.) ecc.

Postulando la natura cautelare del coefficiente soggettivo "colpa" la sua funzione sarebbe quella di evitare che si realizzi una lesione attraverso la violazione di una regola che impone attenzione particolare anche per evitare che siano sottratte specifiche cose mobili in connessione con certe articolazioni dell'offesa. Sarebbe però evidente, optando per tale soluzione, il pericolo di individuare regole di condotta artificiali e sbiadite, premessa per il passaggio dalla vecchia responsabilità oggettiva enunciata espressamente dell'originaria formulazione dell'art. 59/1 c.p. ad una mal celata responsabilità oggettiva nel diritto vivente, non meno contrastante col fondamento garantista della colpevolezza.

Le circostanze debbono essere imputate colpevolmente al fine di consentire il rimprovero solo per quanto era dominabile dal reo col suo comportamento in vista delle conseguenze sanzionatorie che ne derivano. Dovrà conseguentemente co-

struirsi una "colpa" diversa rispetto a quella che caratterizza il reato colposo, della quale ricorreranno l'elemento negativo della non volontà e quello soggettivo della possibilità di abbracciare psichicamente il sostrato materiale della circostanza, di riconoscere la situazione tipica, ma non quello oggettivo della violazione di una regola cautelare ⁽⁸⁾.

La funzione così diversa del reato colposo rispetto a quella delle circostanze aggravanti comporta che la "colpa" deve assumere nei due istituti una anche una differente *ragion d'essere* perché l'ordinamento introduce responsabilità a titolo di reato colposo non in relazione alla tutela di qualsiasi bene, ma solo laddove *l'azione colposa, in rapporto a specifici beni giuridici mostra di essere pericolosa* imponendo l'individuazione di regole cautelari volte ad impedire la lesione paventata.

È anche la generalizzazione dell'uso, nel nostro ordinamento, della tecnica legislativa di inserire molteplici e multiformi (si potrebbe aggiungere, sovrabbondanti) figure con la struttura di circostanza aggravante, che deve metterci in guardia dal sovrapporre la "colpa" del reato colposo e la "colpa" per l'imputazione di circostanza sol perché il legislatore ha utilizzato lo stesso termine.

Così facendo trasporteremmo arbitrariamente un intero quadro dogmatico (la colpa del reato colposo) in un contesto (imputazione di circostanza) nel quale sarebbe improprio, ingombrante ed inutile nonché premessa, anche sotto questo profilo, per un impatto applicativo aperto alla responsabilità oggettiva occulta, che emergerebbe col prevalere dell'insidiosa sopravvalutazione formalistica del dovere giuridico di co-

⁸ Si veda, sul punto: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 383.

noscere, unico dato immediatamente ed intuitivamente percepibile.

Si evidenzia quindi un'ulteriore considerazione in rapporto all'estrema eterogeneità delle circostanze ed alla necessità di approfondirne struttura e funzione prima di poter parlare di una coerente esplicazione del principio di colpevolezza al loro interno.

Ancora una volta si individua un profilo ricostruttivo che mette in luce quanta complessità presenti il problema del reale superamento della regola dell'imputazione oggettiva di circostanza avviato con la legge n. 19/90. La generalizzazione della regola a tutte le circostanze porta a ritenere che sia richiesto esclusivamente di accertare se il reo poteva o meno conoscere il sostrato materiale dell'aggravante. La "colpa" presa in considerazione attiene cioè alla causa dell'errore o dell'ignoranza e non può dunque avere altro significato che quello di individuare una possibilità di conoscere la situazione tipica descritta dall'aggravante che si poteva pretendere dal soggetto in rapporto all'errore o all'ignoranza che il reo poteva evitare.

3. Trattandosi, in materia di aggravanti, di "colpa" sinonimo di "mancata conoscenza", va rilevato che, sul piano strutturale, il rimprovero di cui ci occupiamo si colloca nel quadro della c.d. "colpa incosciente". Si imputa cioè al soggetto di non aver attivato quei poteri di controllo che egli poteva e doveva attivare per rappresentarsi una certa situazione.

Sarà dunque identico, sia pure con una notevole delimitazione del campo, l'elemento c.d. negativo della mancata rappresentazione della situazione tipica.

La presenza effettiva di "colpa" riguarda la possibilità di rimproverare la mancata conoscenza, e quindi la causa che ha determinato tale mancata conoscenza.

La norma impone dunque, un *dovere di conoscenza della situazione aggravata in cui il reo agisce* ma, per evitare che la lettura formalistica della trasgressione a tale dovere occulti residui di responsabilità oggettiva sotto le sembianze della colpa, affida il rimprovero di colpevolezza alla *conoscibilità* e dunque all' evitabilità della mancata conoscenza.

La conoscibilità va individuata innanzitutto ad un livello massimo, per consentire di definire il limite oggettivo della colpevolezza per le aggravanti, oltre il quale il soggetto che *in re illicita versatur* si troverebbe per ciò solo a rispondere dell'aumento di pena. Al di sotto di tale limite, dato dalla *conoscibilità ex ante secondo la miglior scienza ed esperienza*, non sarebbe stato comunque possibile ad alcuno conoscere la situazione individuata dalla circostanza.

Per allontanarsi da un'imputazione in dipendenza di un fatto illecito che pretenda di accollare comunque al reo l'aggravante sol perché era possibile astrattamente conoscerla, appare necessario affrancare l'elemento aggravante dalla "sudditanza" rispetto al reato semplice come fatto illecito. Per giungere a tale risultato diviene indispensabile prescindere innanzitutto, nel giudizio di conoscibilità, dalle pressioni che scaturiscono dalle esigenze di politica criminale che potrebbero portare ad equiparare la commissione del reato ad una colpa per inosservanza di leggi in rapporto all'aggravante (in tutto equivalente, al di là del travisamento verbale, al *versari in re illicita*).

Non meno importante diviene superare l'equivoco (analogo a quello appena rilevato) che, a causa della situazione di pe-

ricolo di lesione all' articolazione della tutela espressa dalla circostanza che è già implicita nella condotta per il reato semplice, potrebbe portare a formulare il giudizio di conoscibilità esauendolo nel rilievo che il reo *in re illicita versatur e*, con riferimento ai reati dolosi, ne è ben consapevole.

Per un'imputazione di circostanza che individui il coefficiente di colpevolezza senza accollarlo al reo a causa della stessa situazione illecita in cui si trova, si impone un autonomo profilo di valutazione.

L'addebito di colpa in concreto, per integrare un effettivo rimprovero, rimanda alla definizione di un agente modello le cui caratteristiche richiedono specifica individuazione. Limitarsi infatti alla conoscibilità secondo la miglior scienza ed esperienza, sia pur delimitata da un giudizio *ex ante* che ci pone al riparo da quanto comunque non rientra nella possibilità di essere conosciuto preventivamente secondo l'*id quod plerumque accidit*, significherebbe in sostanza affermare che esiste conoscibilità (ovverosia evitabilità dell'errore) ogni qual volta sia configurabile un qualsiasi comportamento tenendo il quale il reo sarebbe venuto a conoscenza della circostanza. Tale criterio è con tutta evidenza insufficiente per individuare la colpa.

La ricerca dell'elemento "colpa" per le aggravanti manifesta dunque una notevole semplificazione rispetto al reato colposo. Non essendo da ricercare, nel quadro dell'elemento materiale, la norma cautelare violata, posto che la situazione antidoverosa è data e consiste nella commissione del reato e nell'esistenza obiettiva del sostrato materiale della circostanza, si tratta di valutare se, *in concreto*, l'errore o la mancata rappresentazione erano evitabili e se dunque detto sostrato materiale era conoscibile.

L'accessorietà delle aggravanti (che nascono e cadono col reato essendo, in quanto tali, prive di autonoma esistenza) pur consentendo, in presenza di un adeguato coefficiente soggettivo, il superamento dell'abrogata regola sinonimo di responsabilità oggettiva secondo la quale il reo, per le aggravanti, *tenetur etiam pro casu*, non può però prescindere interamente dal rilievo che il soggetto *versatur in re illicita* ed anzi la puntuale specificazione del rilievo che non è sufficiente affermare che il reo ha il dovere di conoscere pone ben in evidenza che non è rispettato il principio di colpevolezza senza la puntuale verifica dell'esistenza di un *quid pluris* consistente nell'evitabilità in concreto dell'ignoranza o dell'errore.

Soprattutto in relazione ai reati dolosi il legislatore, inserendo il coefficiente potenziale per l'imputazione delle aggravanti pare avere assecondato un'esigenza sostanziale meritevole di tutela. L'azione dolosa infatti, sul piano naturalistico, tende a materializzarsi negli atteggiamenti esteriori cui è improntata, che rimarcano soprattutto l'agire finalistico. Si pensi ad un'azione furtiva e si consideri come tendano a materializzarsi soprattutto la violenza sulla cosa, gli strumenti, il mezzo di trasporto, le precauzioni usate per non essere scoperti, ecc.

Fino a quando le circostanze rimangono sotto la copertura di questo agire finalistico, saranno "naturalisticamente" dolose, e non si porrà il problema del ricorso ai coefficienti potenziali di conoscibilità.

Quando invece gli elementi circostanziali si discostano dal "centro" dell'agire finalistico, diviene più arduo cogliere l'atteggiamento soggettivo e si pone un duplice problema: non solo è possibile che il reo non si sia rappresentato l'elemento circostanziale, ma si presenta oggettivamente arduo su un

piano probatorio dimostrare quale effettivamente fosse l'atteggiamento soggettivo del reo. Per rispondere a tale duplice esigenza l'ordinamento pone, quale norma di chiusura, quella sulla conoscibilità della circostanza, che presenta una serie di vantaggi. Oltre ad assecondare le ragioni generalpreventive che sarebbero contraddette dalla non applicazione dell'aggravante perché non conosciuta (o perché non ne è provata la conoscenza) consente, nel pieno rispetto del principio di colpevolezza, di applicare gli aumenti di pena anche quando sia rimproverabile al soggetto di non aver attivato quei poteri di controllo che gli avrebbero consentito di rendersi conto del maggior disvalore dell'azione posta in essere.

Nella diversità delle possibili soluzioni al problema dell'imputazione colpevole di circostanza attraverso coefficienti potenziali si coglie molto forte una sorta di difficoltà di adattamento nel sistema fra il principio di cui ci occupiamo e le figure alle quali deve accedere, che sono le figure che la riforma ha "trovato" nell'ordinamento al momento della sua entrata in vigore.

Tale difficoltà, oltretutto, vive come una sorta di contraccolpo all' esplicazione della - a nostro avviso - validissima funzione delle circostanze, rappresentata dal perfezionamento del sistema di tutela delle articolazioni dell'offesa al bene.

Se da un lato l'ordinamento si preoccupa di prevedere sottopotesi non costitutive del fatto materiale tipico alla ricerca di una significativa aderenza fra norma e fatto, d'altro lato più si fa marginale l'importanza dell'elemento preso in considerazione nel quadro del disvalore rappresentato dal reato semplice, più diviene concreta la possibilità che tale elemento sfugga al coefficiente di colpevolezza tipico del reato che spesso è un a priori "naturalistico" per il legislatore e un dato

ovvio per il giudice ⁽⁹⁾. Se il risultato offensivo della condotta va a coincidere di regola nel furto col risultato perseguito dall'agente, occorre essere ben più cauti nell'affermare che esiste normalmente tale coincidenza anche in relazione ad un elemento accidentale quale l'"esposizione alla pubblica fede".

Se questa è la situazione nella quale il legislatore ha inteso intervenire per trovare una soluzione che non costringa a rinunciare n, alle articolazioni accidentali dell'offesa n, alle garanzie richieste dal rispetto del principio di colpevolezza, deve allora convenirsi che il problema dell'imputazione di circostanza, al di là delle scelte terminologiche che hanno sempre una larga componente convenzionale, dovrà cercare di rinvenire una soluzione interpretativa soddisfacente che si incentri su una nozione di "colpa" sufficientemente puntualizzata da costituire un'effettiva garanzia in grado di aderire compiutamente alle esigenze del sistema circostanziale.

Il problema di colpevolezza che l'ordinamento si pone allorché aggrava significativamente la pena per effetto di una circostanza è dunque quello di garantire un legame soggettivo fra il reo e l'elemento accidentale, per evitare che una conseguenza afflittiva possa essere l'effetto incolpevole e quindi arbitrario di un fatto incontrollabile.

Dietro la necessità di un legame soggettivo con le circostanze rappresentate da un sostrato materiale collegato alla condotta si avverte dunque preponderante un'esigenza sostanziale che va realizzata nell'ottica della colpevolezza, senza la necessità di mettere in gioco in ogni caso né l'effettiva conoscenza del sostrato materiale né l'artificiosa individuazione di una regola cautelare violata.

⁹ Cfr.: PALAZZO, *Ignorantia legis*, p. 156 ss.

Una disciplina che si spingesse a tanto trascurerebbe il rilievo che le esigenze garantiste in questione mirano a far sì che, dopo aver assicurato attraverso il dolo o la colpa per il reato la colpevolezza per gli elementi costitutivi, anche per quelli accidentali sia assicurato il riferimento alla possibilità di controllo soggettivo del reo, come premessa, sia per formulare il complessivo giudizio di rimprovero sul fatto commesso, sia per rendere idoneo il giudizio di colpevolezza a fungere da presupposto perché la pena possa adempiere alla propria funzione risocializzatrice.

4. Quanto si è affermato nei paragrafi precedenti introduce il tema di come debba formularsi il giudizio di evitabilità dell'errore o dell'ignoranza dell'aggravante ⁽¹⁰⁾.

per aversi imputazione coerente col principio di necessaria imputazione colpevole.

Le aggravanti costituite da momenti che attengono alla condotta debbono essere conosciute o conoscibili ed il profilo della miglior scienza ed esperienza definisce il limite della conoscibilità sul piano oggettivo. Su questa base occorre individuare il criterio che ci consenta di determinare caso per caso quale sia il grado di diligenza richiesto al concreto soggetto agente per poter affermare che l'errore o l'ignoranza erano evitabili.

Le ragioni che hanno portato il legislatore a ritenere insoddisfacente il riferimento al solo coefficiente reale della conoscenza, impongono qui di approfondire il tema dei criteri

¹⁰ Si veda: G.V.DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Quaderni urbinati*, 1977-1978, p. 223 ss.

che debbono sorreggere il giudizio di evitabilità dell'errore, cercando di dar risposta alle preoccupazioni che rendono possibile il rischio di una responsabilità oggettiva occulta che può annidarsi nel riferimento a criteri potenziali di imputazione che si allontanano da una solida e ben afferrabile base naturalistica.

L'individuazione di un comportamento o anche di più comportamenti, alternativi rispetto a quello tenuto, che avrebbero consentito al reo di percepire il sostrato materiale della circostanza rappresenta solo un primo passo che ci consente di individuare come sicuramente estranee alle possibilità rappresentative del soggetto solo situazioni eccezionali se non proprio riconducibili al caso fortuito. Si pensi, ad esempio, alla circostanza prevista dall'art. 219/2 n. 2 della legge fallimentare che aggrava i reati di bancarotta "se il colpevole, per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale" nell'ipotesi in cui sia intervenuta cancellazione dal registro degli esercenti il commercio ⁽¹⁾ ma la comunicazione non sia mai giunta all'interessato per un disguido.

La mera individuazione di condotte alternative si mostra insufficiente per la sua inidoneità a fornire un criterio che consenta di scegliere, fra i vari ipotetici comportamenti impositivi, quelli idonei per rimproverare ragionevolmente la concreta possibilità di evitare l'errore o l'ignoranza.

Si pensi, ad esempio, al soggetto che, dopo aver confuso la propria valigetta contenente il giornale con quella di un collega d'ufficio contenente un'arma si rechi in un negozio portando con sé la valigetta senza avvedersi del contenuto e giunto in detto negozio formuli e realizzi l'idea di commettere

¹¹ Ai sensi dell'art. 4 della legge 11 giugno 1971 n. 426.

un furto. È evidente che si pongono problemi in relazione all'evitabilità dell'errore sull'elemento circostanziale "se il colpevole porta indosso armi" (art. 625 n.3 c.p.) alla stregua di criteri che ne valutino la natura colposa, ma è altrettanto evidente che di poco aiuto può esserci il mero criterio dell'individuazione di un comportamento alternativo attraverso il quale il reo avrebbe potuto accorgersi di portare con sé un'arma. Così²¹³ il reo avrebbe potuto essere più attento e usare più concentrazione nel prendere la valigetta, avrebbe potuto accorgersi che in ufficio c'erano due valigette uguali e quindi allertare il ricordo di eventuali segni particolari per distinguere la propria; in quest'ultimo caso e in mancanza di tali segni avrebbe potuto ricercare il proprietario dell'altra valigetta identica e, assieme, individuare ciascuno la propria ecc. Tutto questo non ci consente di dar corpo a qualcosa che non sia meramente ipotetico ma, invece, reale e concreto che potesse in qualche modo aver "stimolato" l'esatta individuazione della valigetta in funzione di un proposito criminoso non ancora maturato dall'agente.

Il quesito che a questo punto ci si deve porre è quale sia la ragione per cui la mera individuazione di comportamenti alternativi si mostri insufficiente, in maniera così evidente, ad individuare un ragionevole criterio di evitabilità dell'errore o dell'ignoranza dell'aggravante. La risposta va ritrovata nel rilievo che i comportamenti in grado di evitare la mancata conoscenza sono privi di ogni limite che non sia la loro idoneità al raggiungimento dello scopo e si estendono ad ogni percorso che sia immaginabile nella sua adeguatezza causale.

Nemmeno il puro e semplice riferirsi alla situazione concreta il cui il soggetto agisce è in grado di individuare un ragionevole vincolo che delimiti il quadro. Il riferimento alle

stesse condizioni oggettive e soggettive in cui il reo agisce (come nell'esempio sopra formulato) non è una delimitazione, ma una riproposizione, con parole diverse, della situazione data e non è dunque in grado di fornire alcun vincolo ai diversi ed innumerevoli percorsi ipotetici che avrebbero potuto stimolare il reo portandolo a rendersi conto dell'elemento di fatto che integra la circostanza.

Il riferimento alla situazione concreta nella ricostruzione dei percorsi causali ipotetici in grado di "far conoscere", per quanto non sia in grado di individuare un limite, va tuttavia preso in considerazione per evitare di allargare all'infinito le ipotesi "alternative" che avrebbero consentito la conoscenza senza nemmeno il vincolo della situazione data. L'astrattezza sarebbe infatti tale da rendere il campo esteso a tutti i possibili comportamenti umani.

Occorre dunque, per definire un ragionevole criterio di imputazione colpevole, delimitare innanzitutto il campo delle situazioni "oggettivamente conoscibili" per poi cogliere, nell'ambito così ristretto il criterio soggettivo che renda colpevole la mancata conoscenza o l'ignoranza dell'aggravante.

Come impedire dunque che la situazione data, a causa della inevitabile ricchezza che caratterizza il caso concreto, possa allargare a tal punto dette ipotesi alternative fino a renderle inidonee a costituire un vincolo ragionevole?

Per focalizzare in termini oggettivi l'addebito di "colpa" si pone anche per le circostanze il fondamentale quesito che accomuna tutti gli addebiti di tipo potenziale, se cioè un fatto possa essere rimproverato solo quando l'agente avrebbe dovuto conoscere una situazione in base alle sue personali conoscenze e capacità, oppure quando una figura astrattamen-

te definita, posta nella stessa situazione, sarebbe stata in grado di conoscerla.

Il compimento di tale operazione richiede necessariamente di individuare il punto di vista dal quale ci si pone ⁽¹²⁾.

Accertare i suddetti coefficienti potenziali significa allora individuare un giudizio di prognosi postuma che ci consenta di affermare che la situazione descritta dall'aggravante è costituita da un *dato ragionevolmente possibile in presenza o a causa del fatto delineato dal reato semplice che viene posto in essere*.

Formulare un giudizio di possibilità significa porre in essere un'operazione per sua natura relativa dato tale giudizio può avvenire in base a parametri differenti fra loro. Tali parametri debbono dunque essere individuati preventivamente, poiché fra le opportunità dell'agente concreto ed il massimo di conoscibilità possibile esiste un'enorme sfasatura. Tale sfasatura può essere colmata solo ricorrendo a modelli astratti graduabili ⁽¹³⁾.

Sono note le cadenze argomentative della dottrina che individua *per il reato colposo nell'uomo della stessa condizione e professione* il modello cui deve farsi riferimento per ottenere un giudizio in grado di garantire il rimprovero di colpevolezza: si tratta di basarsi sia sulle opportunità di venire a conoscenza dell'aggravante possedute dal soggetto, sia su quelle che era legittimo presumere in considerazione dell'attività svolta e, ove rilevi, della sua posizione sociale ⁽¹⁴⁾.

¹² Cfr.: MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p.181.

¹³ Cfr.: G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva*, cit., p. 280 ss.

¹⁴ Cfr.: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1985, p. 320.

Il percorso ricostruttivo della "prevedibilità e prevenibilità" del reato colposo non può essere riproposto senza un'adeguata riformulazione in relazione alla "colpa" che sorregge l'imputazione di circostanza. Quanto si è affermato a proposito del rilievo che, nel reato colposo, le regole cautelari ed il dovere di diligenza costituiscono categorie connaturate ai comportamenti leciti ⁽¹⁵⁾, deve essere riproposto in relazione al tema dell'agente modello per tale tipo di reato, che altro non è se non l'astrazione per definire l'individuo di riferimento da cui non può pretendersi un maggior rispetto delle norme cautelari ed una maggiore diligenza. Il complesso di regole che l'ordinamento appresta per evitare che comportamenti imprudenti arrechino offesa ai principali beni giuridici non può essere riproposto meccanicamente allorché si tratta di addebitare al reo elementi accidentali del reato, ed in particolare del reato doloso.

Come rispondere allora all'esigenza di graduazione che nel reato colposo è soddisfatta dall'uomo della stessa condizione e professione e che costituisce momento indispensabile di delimitazione per l'imputazione colpevole delle aggravanti, come per ogni altro addebito che faccia riferimento a coefficienti potenziali ?

Dovrà farsi riferimento alla diversa funzione rappresentata dalla colpa in relazione alle aggravanti rispetto al reato colposo. Siccome dovrà farsi riferimento all'esclusiva possibilità di conoscere, il criterio per adeguare al caso singolo il divario fra la possibilità di conoscere del concreto soggetto

¹⁵ Sulla non estendibilità del dovere di diligenza ad altri titoli di responsabilità penale, diversi dal reato colposo cfr.: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 353 ss.

agente e quello definito dalla miglior scienza ed esperienza sarà costituito dalla *normalità della situazione concreta la cui esistenza sul piano materiale va ad integrare la circostanza aggravante*. La definizione di tale normalità deve tener conto sia dell' oggettiva normalità-anormalità della situazione, sia della normalità-anormalità che esiste fra reato e le consuete attività del reo.

In tema di imputazione delle aggravanti non è infatti in gioco la "riprovevolezza" del comportamento complessivo né si ha riguardo alla diligenza dell'agire *in re illicita* ma, più semplicemente si valuta la possibilità di conoscere il sostrato materiale della circostanza: una condotta non può essere allo stesso tempo riprovevole quanto al fatto tipico e "diligente" quanto alla circostanza aggravante obiettivamente esistente.

Allo standard di agente-modello che caratterizza il reato colposo che ha come requisito il dovere di diligenza per evitare eventi dannosi corrisponde una diversa situazione-tipo per l'imputazione delle aggravanti che è priva del suddetto requisito e vuol soltanto individuare il limite costituito dal rimprovero per la mancata conoscenza.

Per individuare il fondamento di una figura di situazione-tipo per le aggravante occorre dunque compiere un'operazione "riduttiva" rispetto alla colpa per il reato colposo, trattandosi più semplicemente di apprestare effettiva garanzia per il rimprovero di colpa e che asseondi una preoccupazione sostanziale profondamente diversa e ben più modesta: quella di fare in modo che, a causa della commissione del reato, si eviti di accollare al reo quanto non è conoscibile a causa dell'anomalia della situazione.

Il parametro della normalità che caratterizza l'agente-tipo ci consente, fra l'altro, di fornire al giudice un criterio omo-

geneo di valutazione sia nei c.d. reati naturali nei quali normalmente l'elemento circostanziale ha un'intima connessione col fatto di reato, sia nei reati di creazione legislativa, per i quali talvolta le circostanze aggravanti conservano una sorta di funzione di maggior tutela ricollegata al reato semplice.

Si consideri a quest'ultimo riguardo la contravvenzione di inquinamento atmosferico mediante superamento dei limiti dell'autorizzazione, aggravata dal superamento dei limiti di qualità dell'aria ⁽¹⁶⁾. In tal caso la normalità cui occorrerà riferirsi, nella circostanza non potrà che prendere a riferimento chi gestisce un'attività del tipo di quella che dà luogo all'emissione di specifiche sostanze nell'aria. Il dovere di diligenza che sorregge l'ipotesi base sorregge anche l'ipotesi aggravata, avvicinando la problematica che si presenta per tali circostanze a quella dei reati aggravati dall'evento.

Pare dunque doversi concludere che, individuando anche per le circostanze aggravanti un criterio di riferimento per il loro accollo attraverso nessi psichici potenziali, il problema dell'imputazione soggettiva di circostanza muova un primo e decisivo passo verso una coerente esplicazione nel sistema.

Neppure il criterio della normalità appare sufficientemente limitativo per cogliere se i comportamenti alternativi integri non solo evitabilità dell'errore o della mancata conoscenza dell'aggravante, ma *evitabilità colpevole*.

Utilizzando il solo parametro della normalità si delimita quello che potrebbe essere definito *grado di generalizzazione interna* degli elementi con valenza di evitabilità che devono essere presi in considerazione per formare la base di giudizio.

¹⁶ Art. 25 commi 2 e 4 D.P.R. 24 maggio 1988, n. 203.

Tale grado di generalizzazione va colto in base allo *standard* riferibile alla possibilità di conoscere l'elemento che integra l'aggravante in rapporto alla regolarità del suo presentarsi. Ma tale regolarità non è sufficientemente afferrabile se non in rapporto a qualcosa di più definito.

Va allora rilevato che l'individuazione del criterio della normalità, pur delimitando e, potremmo dire dando un ordine e fornendo un parametro graduabile, evidenzia un difetto di delimitazione che nasce da un'ulteriore considerazione.

La conoscenza o, per dire più semplicemente, il "rendersi conto" di una situazione, sia pure all'interno di uno *standard* livellato ad un certo parametro, non rappresenta un processo psicologico -per così dire- automatico e scontato, ma richiede che intervenga "qualcosa" almeno potenzialmente in grado di stimolare la coscienza. Se non si riesce ad agganciare l'effettiva presenza di questo *elemento motivante* si rimane in un ambito che, in nome dell'esigenza generalpreventiva, rischia di lasciare ancora ampio spazio alla responsabilità oggettiva.

Per aversi "colpa" per l'aggravante non conosciuta bisogna che ricorra un elemento reale, effettivo, in grado di "parlare" all'individuo in relazione al fatto integrato dalla circostanza ed alla sua connessione, in termini di disvalore, al reato commesso. Se ci si accontenta di un giudizio ipotetico-normativo che prescinde dalla ricerca dell'elemento "motivante" si corre il rischio di accollare l'aggravante sia in situazioni in cui tale elemento è presente, sia in situazioni nelle quali tale elemento manca.

Ovviamente non sarà necessario che il soggetto abbia effettivamente percepito *l'elemento motivante*, ma basterà che esso esista e sia normalmente percepibile.

Dovrà quindi affermarsi, ponendo in relazione le conclusioni cui si è giunti con l'esempio della scambio della valigetta posto in essere da persona che poi ha ideato e commesso un furto, che l'elemento rappresentato dalla diligenza da usare nel non confondere le cose proprie con quelle altrui non è assolutamente in grado di "parlare" all'individuo in relazione alla possibilità che non usando tale diligenza, possa corrersi il rischio di trovarsi casualmente in possesso di un'arma, rilevante nel sostrato materiale dell'aggravante di un furto non ancora ideato. Sotto tale profilo l'errore sulla conoscenza dell'aggravante appare inevitabile e quindi incolpevole.

5. Per le circostanze costituite da un evento o da una caratterizzazione dell'evento, il problema dell'imputazione colpevole va ricondotto, in base al vigente art. 59/2 c.p., alla base conoscitiva sulla quale si fonda il giudizio di prevedibilità, come già si è anticipato nei capitoli precedenti, dovendosi ritenere non convincente lo sforzo di estendere attraverso l'analogia la conoscibilità alla prevedibilità ⁽¹⁷⁾.

Lo schema di legge delega ed il disegno di legge n. 2038, vanno oltre l'attuale situazione di difficoltà interpretativa ⁽¹⁸⁾ e specificano che non può aversi imputazione delle aggravanti quando il reo, per errore non dovuto a colpa, non poteva rappresentarsele, introducendo un coefficiente di colpevolezza in grado di ricomprendere sia la conoscenza di fatti esi-

¹⁷ Si veda: G.A.DE FRANCESCO, *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.* 1993, p. 994 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 422.

stenti che la previsione di fatti futuri. Per tali ragioni si ritiene opportuno seguire il metodo di valutare in primo luogo il "contenuto colpevole" che può assumere la previsione di fatti futuri che integrano la materialità della circostanza, per poi passare a considerare in che termini tale prevedibilità possa ritenersi recepita nella vigente disciplina.

La dottrina ha evidenziato come sia oggettivamente arduo introdurre il tema della colpa per un evento ulteriore diverso o aggiuntivo rispetto a quello costitutivo del reato, perché la struttura complessiva della fattispecie non consente di scindere differenti nessi causali e quindi differenti giudizi di evitabilità per l'evento costitutivo e per quello circostanziale. Il risultato aggravatore si pone di regola come concretizzazione di un pericolo immanente nella condotta descritta dal reato base.

In caso di indicazione legislativa che richiedesse una colpa orientata verso l'evento, come appare indicare l'esperienza tedesca dopo la riforma in questo senso dei delitti aggravati dall'evento, la previsione di regole cautelari la cui trasgressione sia evitabile, parrebbe portare a difficoltà interpretative e ad un notevole disagio nel riferirsi senza correttivi alla dogmatica della colpa che sorregge la costruzione del reato colposo ⁽¹⁹⁾.

Si può ipotizzare una situazione analoga nel nostro ordinamento pensando ad un danneggiamento con pericolo di incendio (art.424 c.p.) nel quale l'incendio, il cui pericolo era in concreto assai ridotto, segua (rendendo il delitto aggravato

¹⁹ Cfr.: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 370 ss.; DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa*, cit., p.255 ss.; CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 94 ss.

dall'evento) a causa di una malaccorta operazione di spegnimento eseguita dal proprietario che apre una finestra facendo entrare ossigeno. Nel caso indicato, come nella maggior parte dei casi, può anche essere coronato da successo lo sforzo di individuare una regola cautelare che, se rispettata, avrebbe evitato l'evento. Così il reo avrebbe potuto, prima di appiccare il fuoco, sprangare tutte le finestre per contrastare l'eventualità che qualcuno, aprendole, potesse dare forza alle fiamme. Occorre tuttavia chiedersi - ponendo un quesito simile a quello esaminato a proposito della conoscibilità degli elementi attinenti alla condotta - se l'individuazione di una tale regola possa da sola rispondere ragionevolmente all'esigenza sostanziale della colpevolezza per l'evento ulteriore, che mira a rinvenire un atteggiamento rimproverabile nel processo motivazionale.

Anche per le circostanze concernenti l'evento, dunque, si tratta di rinvenire un elemento conosciuto o conoscibile in grado di "parlare" al reo in ordine, ovviamente, all'evento circostanziale.

La previsione di una colpa per l'evento ulteriore in tutto identica a quella dell'evento principale quasi fosse sufficiente un richiamo *per relationem* a risolvere ogni problema presenta il rischio, in sede applicativa, di fughe attraverso la motivazione apparente che rappresenterebbe la mascheratura verbale del *versari in re illicita* ⁽²⁰⁾.

La tentazione più significativa è infatti costituita dall'identificare la colpa nella commissione del reato semplice. Tale operazione potrebbe avvenire attraverso espressioni appa-

²⁰ Si veda la ricostruzione del dibattito dottrinale sul *versari in re illicita* in CANESTRARI. *L'illecito penale preterintenzionale*, cit. p. 52 ss.

rentemente diverse, ma tutte accomunate dalla caratteristica di enunciare un' indimostrata regola per cui non si richiede il passaggio a verificare in concreto quale sia la norma cautelare violata che, se rispettata, avrebbe consentito di evitare l'evento ulteriore. Rientrerebbero in tale contesto talune affermazioni, sulle quali si appunta criticamente la dottrina tedesca, come l'esistenza implicita di un pericolo per lesioni ulteriori nella condotta che causa l'evento tipico. Parimenti evasivo appare il sottolineare che certe azioni criminose comportano *in re ipsa* il rimprovero per quanto di ulteriore può scaturire dalla serie causale, oppure il rilevare che la violazione di norme cautelari rappresenta una base comune da cui possono scaturire sia eventi voluti che non voluti. Né infine aggiunge qualcosa -a maggior ragione- lo "snaturamento" del reato principale come addebito di colpa per inosservanza di leggi in quanto -qualcuno afferma- la commissione di qualsiasi reato, comportando inosservanza di leggi, sarebbe premessa sufficiente per addebitare un evento a titolo di colpa. In tutto analogo a quest'ultima affermazione è il suo travisamento verbale che porterebbe ad enunciare che non sia stata posta sufficiente attenzione, nel commettere il reato, a possibili ulteriori conseguenze che sarebbero potute derivare.

Recenti sforzi della dottrina in tema di delitti aggravati dall'evento pongono il problema su basi diverse, dando una lettura del *versari in re illicita* nel quadro dell'art. 42/3 c.p. che mira a consentire l'accollo al reo anche in tale contesto, di sole conseguenze prevedibili ed evitabili. Tale forma di colpevolezza si distinguerebbe dalla colpa perché caratterizzata

dall'eliminazione di qualsiasi ambito per il rischio consentito⁽²¹⁾, che legittima le sole attività lecite ma pericolose.

È opinione dominante che, per talune attività espressamente regolamentate, il rischio consentito individui effettivamente il limite fra l'attività lecita che si colloca al di sotto di tale limite e quella illecita che lo supera per definizione. In altri casi di attività lecite tuttavia il riferimento al rischio consentito non appare convincente⁽²²⁾. Tale constatazione ci deve portare a non forzare l'interpretazione fino ad individuare limiti di rischio consentito anche in zone di pericolo per la lesione di beni che non si prestano per tale operazione.

La constatazione che vi sono zone in cui non può esistere rischio consentito ci debbono portare dunque a conclusioni più articolate rispetto all'affermazione che l'ambito colpevole del *versari in re illicita* sarebbe costituito da quello stesso che caratterizza la colpa, cui si aggiunge quello dovuto all'assenza di qualsiasi rischio consentito. Il possibile superamento del rischio consentito in alcune attività lecite e le difficoltà di adattamento di tale criterio in quelle illecite ci paiono allora significativi non di un diverso spazio occupato dalle conseguenze punibili nell'uno rispetto all'altro, ma della possibilità di riferire l'intero sistema delle regole cautelari che disciplinano la zona del rischio consentito solo ad una parte delle

²¹ PAEFFGEN, *Soluzioni e problemi dell'imputazione dell'evento in rapporto ai delitti aggravati dall'evento nel diritto tedesco*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 87 ss.; PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità oggettiva*, cit., p. 3 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 257 ss. Si vedano i rilievi critici di CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 262 ss.

²² MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 352 s.; FIANDACA, *Replica*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 553 ss.

condotte umane valutate nella loro idoneità causale a determinare eventi lesivi. La configurabilità di una soglia di rischio consentito solo in alcune attività lecite e il carattere problematico di tale configurazione in relazione al fatto illecito divengono dunque premessa di più approfondite considerazioni.

L'esigenza di introdurre un rischio consentito nasce per quelle attività in cui non è sufficiente che il reo si sia rappresentata la possibilità che si verifichi l'evento ma quando è anche necessario che il reo abbia travalicato la specifica barriera rappresentata dalle cautele che l'ordinamento impone per rendere più sicure certe attività pericolose (23).

Anche in tale ambito è possibile versare in colpa pur senza aver oltrepassato il rischio consentito definito dalle regole cautelari poste dall'ordinamento in relazione ad una specifica attività, quando si realizzi un singolo comportamento che, pur non ponendosi in contrasto con tali regole appaia ciò nonostante imprudente perché si pone in contrasto con regole diverse di generica prudenza.

In tali situazioni non pare possa parlarsi di rischio consentito, in quanto la possibile verifica del danno non deriva dalla pericolosità dell'attività esercitata, ma da singole condotte poste in essere. A dette conclusioni può giungersi sia per l'evento principale del reato (24) sia per quello reso tipico dalla circostanza.

²³ GALLO M, *Colpa penale*, cit., p. 639 ss.

²⁴ Quanto all'*evento principale* si consideri l'incendio colposo di un bosco conseguente all'abbandono di un mozzicone di sigaretta. Tale risultato può essere causato da un turista che percorre un sentiero, da un addetto al rimboschimento che contravvenga uno specifico divieto di fumare durante il lavoro o da un ladro che attende il momento propizio per intro-

Il rischio consentito appare dunque funzionale ad intere attività disciplinate e non a specifiche condotte imprudenti ed è dunque idoneo a delineare talune modalità di tutela di specifici beni e non ad evitare ogni sorta di possibili conseguenze derivanti dall'attività lecita ma pericolosa; esistono singole attività in sé pericolose ancorché non sia agevole costruirle come momenti di un'attività lecita ma pericolosa.

Solo talvolta dunque il rischio connesso con un'attività che si svolge con certi mezzi è segnato non solo dalla prevedibilità - evitabilità di certi eventi lesivi realizzabile usando maggior diligenza, ma anche dall'aver superato i limiti posti da specifiche norme cautelari volte a prevenire la realizzazione di certi risultati.

La norma cautelare violata in termini di colpa generica impone, quale che sia il carattere lecito o illecito del comportamento umano, un costante riferimento all'attività esercitata, non già per identificare l'area di rischio consentito di quest'ultima se lecita, ma per individuare in ogni caso quali cautele avrebbero dovuto essere adottate per evitare l'evento.

Non si tratta dunque di imporre cautele a chi compie l'illecito perché versa *in re illicita*, ma di affermare che chiunque deve adottare cautele per evitare la lesione ai beni giuridici.

Tale considerazione ci pare evidenziare il rilievo che la ricostruzione dell'addebito colpevole delle conseguenze della condotta non debba subire condizionamento dal carattere criminoso dell'attività da cui tali conseguenze sono scaturite.

dursi in una villa, senza che cambi nulla il trovarsi in una situazione non caratterizzata o caratterizzata da rischio consentito o in una situazione illecita. Le singole condotte che maturano in tali contesti non mostrano differenze sul piano delle regole cautelari che debbono essere rispettate per evitare il verificarsi di un incendio.

L'attività criminosa infatti non perde per tale sua caratteristica normativa i connotati del comportamento di un agente-tipo valutabile alla stregua dell' ordinario dovere di evitare la lesione di certi beni. Permane dunque, in relazione alle aggravanti costruite sulle conseguenze della condotta, quel dovere di diligenza che si è inteso escludere nei paragrafi precedenti in relazione alle aggravanti costruite sulla condotta.

L'ascrizione della conseguenza della condotta inserita nella circostanza che l'art. 59/2 c.p. vuole attribuita per colpa troverà come criterio d'imputazione il limite della conoscibilità nei termini in cui è stato ricostruito. Tale conoscibilità riguarda gli elementi in base ai quali il reo avrebbe potuto rendersi conto che dalla sua condotta sarebbero potute scaturire le conseguenze tipiche delle aggravanti previste dalla legge.

L'agente modello riferito all'attività lecita si distingue dunque dall'agente-tipo che agisce *in re illicita* solo in un punto. Mentre infatti chi si accinge ad una normale attività si espone al rischio di un accolto di responsabilità colposa per negligenza imperizia o imprudenza qualora realizzi un evento lesivo, per non essersi comportato alla stregua dell'agente modello formato sulla base dei caratteri salienti della sua condizione o professione, chi nel corso di un comportamento illecito tiene un comportamento da cui scaturiscono conseguenze dannose, si vedrà accollare lo *standard* di scienza ed esperienza di un agente-tipo che non tiene conto del carattere illecito del comportamento allorché certi comportamenti criminali non abbiano un equivalente lecito. L'attività illegale non consente infatti di essere presa in considerazione attraverso un parametro legale, e potrà dunque far riferimento solo alla corrispondente attività lecita, con la conseguenza che

il comportamento del reo dovrà essere valutato alla stregua della diligenza che deve caratterizzare quest'ultima.

Così, ad esempio, se la persona sottoposta a sequestro riesce a fuggire e muore precipitando in un burrone sito nella stessa zona impervia in cui era stata relegata, i sequestratori risponderanno di tale morte perché il comportamento da essi tenuto va equiparato a quello di chi, accompagnando una persona non in grado di orientarsi in luoghi montagnosi e sconosciuti, si accolla anche il rischio di quanto possa succedere a quest'ultima nell'esporsi ai pericoli connessi con il tentativo di rientrare nella propria casa. A nulla rileverà, ovviamente, che i sequestratori avessero usato ogni cautela per impedire la fuga (senza la quale l'evento non si sarebbe verificato), poiché a nessuna attività lecita corrisponde il tener segregata una persona nel costante pericolo di perdere la vita o di subire ogni sorta di umiliazione.

Il problema dell'imputazione colposa dell'evento causato dal soggetto che *in re illicita versatur*, ci pare allora dare risposta adeguata anche alle pressanti esigenze di politica criminale che lo coinvolgono. Anche senza incentrare la costruzione sul rischio consentito e sulla sua mancanza nell'attività illecita, occorre individuare la soglia della punibilità per le conseguenze tipiche del reato rispetto agli ordinari limiti della colpa. Per giungere a tale risultato è necessario riferirsi ad un parametro di agente modello che prescindendo dal carattere illecito dell'effettiva attività esercitata dal reo. Da un lato il limite della colpevolezza sarà segnato da quanto nemmeno il soggetto che avesse svolto la corrispondente attività lecita sarebbe stato in grado di dominare; d'altro lato, per quei comportamenti che non hanno un corrispondente carattere lecito si dovrà incentrare il giudizio *sulla loro pericolosità nel-*

la concreta situazione in relazione all'evento ulteriore o alla caratterizzazione circostanziale dell'evento del reato.

A cosa corrisponderà, più precisamente, l'ambito dei comportamenti che non possono consistere in un'attività lecita? Non già all'area rappresentata dall'assenza di rischio consentito la cui difficile individuazione e la potenziale estensione a qualsiasi comportamento rischia di essere veicolo per dare accesso a possibili manifestazioni di responsabilità oggettiva occulta, ma ai casi in cui non è possibile far ricorso al parametro costituito dall'homo *ejusdem condicionis et professionis*, poiché quest'ultimo non esiste, stante il carattere esclusivamente criminoso dell'attività.

La differenziazione rispetto alla colpa che contraddistingue il reato colposo, non si aggiungerebbe per il carattere non consentito del rischio derivante dall'attività illecita, ma perché si fuoriesce dai limiti connessi a qualsiasi attività lecita. Tali limiti dunque sono superati o perché contrari alle norme cautelari che vigono nell'attività lecita o perché fonte di concreto pericolo scaturente dall'attività illecita che non ha corrispondente lecito.

Su un punto pare infine doversi insistere. Mentre nei paragrafi precedenti si è giunti alla conclusione che l'imputazione di circostanza per la mancata conoscenza degli elementi concomitanti o antecedenti alla condotta non va ad estendersi alla conoscibilità di norme cautelari miranti ad evitare la lesione del bene ed ha come unico oggetto l'evitabilità dell'errore o dell'ignoranza, quando viceversa la circostanza è costituita da un evento, il giudizio deve necessariamente estendersi alla possibilità di rappresentarsi le regole cautelari che sorreggono quel dovere di diligenza che ne avrebbe impedito il verificarsi.

6. La rappresentazione o la possibilità di rappresentarsi le regole cautelari comporta la necessità di risolvere un problema assai diverso rispetto a quelli che si pongono per le aggravanti inerenti alla condotta. Tale problema consiste nella necessità di introdurre nel coefficiente un dato soggettivo in grado di fungere da momento di *rimprovero per quanto deriva dall'evoluzione del nesso causale* (25).

Il risultato interpretativo cui si è giunti nei capitoli precedenti, in base al quale si ritiene che le circostanze concernenti l'evento o una caratterizzazione dell'evento possono essere imputate solo se è riflesso nella colpevolezza il momento conoscitivo della condotta come causa dell'evento, impone di valutare quale sia il contenuto di tale atteggiamento soggettivo.

Dalla profonda diversità che si è individuata fra la "colpa" per la mancata conoscenza di un'aggravante che descrive una situazione già esistente e la "colpa" per non aver conosciuto gli elementi che avrebbero reso prevedibile l'evento ulteriore o una caratterizzazione dell'evento del reato, ci pare

²⁵ Ad analoghe conclusioni è recentemente giunta la giurisprudenza affermando che "Il nuovo sistema di valutazione delle circostanze aggravanti, introdotto dall'art. 1 della legge n.19/90 che ha modificato il disposto dell'art. 59 c.p., riguarda tutte le circostanze aggravanti e quindi non solo quelle antecedenti o contemporanee alla condotta dell'agente, ma anche quelle successive. Peraltro, atteso che grammaticalmente si può parlare di "conoscenza" o "ignoranza per colpa" in relazione a dato già esistente e non a quello che viene ad essere integrato in un momento successivo alla condotta, deve ritenersi che, in relazione alle circostanze aggravanti successive alla condotta, la "conoscenza" o "ignoranza per colpa" significhino "previsione" o "prevedibilità" del fatto-circostanza aggravante". Così: Cass. 18 febbraio 1992, in *Cass. pen.* 1993, p. 1422, m. 820.

discenda la necessità di un'autonoma ricostruzione di quest'ultimo coefficiente.

L'evitabilità di un errore conoscitivo rapportato ad un substrato materiale tipico preesistente o concomitante non appare in tutto assimilabile alla possibilità di conoscere situazioni di fatto causalmente orientate verso una conseguenza della condotta che, sulla base di quegli stessi elementi, avrebbe potuto essere preveduta ed evitata. Se si esclude dal momento conoscitivo il rapporto causale fra la condotta e l'evento gli elementi oggetto di conoscenza sarebbero privi di qualsiasi valenza colpevole, poiché l'elemento che il reo avrebbe dovuto conoscere con uno sforzo maggiore di attenzione non incentra in sé il disvalore, ma lo proietta sull'evento che, conoscendo l'elemento in questione, avrebbe potuto essere evitato.

Sulla base di tali premesse deve giungersi alla conclusione che, nelle circostanze che integrano un evento ovvero una caratterizzazione dell'evento, la conoscibilità degli elementi da cui quest'ultimo scaturisce causalmente va sostanzialmente a coincidere con la loro prevedibilità, così come è stata ricostruita nel paragrafo precedente e cioè identificando nell'agente modello l'uomo della stessa condizione e professione della corrispondente attività lecita.

CAPITOLO SESTO

LE IPOTESI PARTICOLARI DI IMPUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE

SOMMARIO: 1. 1. *L'estensione delle circostanze ai concorrenti.* 2. *L'evoluzione della disciplina dell'estensione delle circostanze.* 3. *La modifica dell'art. 118 c.p.* 4. *Le circostanze "strettamente soggettive" ed i limiti all'estensione.* 5. *Nuove prospettive dell'estensione delle circostanze ai concorrenti.* 6. *L'error in persona (art. 60 c.p.) e l'error in qualitate nell'imputazione delle circostanze.* 7. *L'imputazione delle circostanze nel tentativo* Coefficienti di imputazione e contenuto aggravatore. 2. *La possibile sfasatura fra conoscenza-conoscibilità e contenuto aggravatore. La recidiva ed i motivi abietti o futili in particolare.* 3. *Coefficienti conoscitivi e delitti aggravati dall'evento.* 4. *Coefficienti conoscitivi ed aggravanti indefinite.*

1. Il tema dell'estensione delle circostanze ai concorrenti ⁽¹⁾ sulla base del nuovo testo dell'art. 118 c.p. introdotto dalla

¹ Sul punto si vedano: ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 1990, p. 215 s.; MELCHIONDA, *Commento all'art. 3 della legge n. 19/1990*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 51 s.; DE FELICE, *Considerazioni in tema di estensibilità della premeditazione al correo seminfermo di mente*, in *Arch. pen.*, 1967, p. 517 s.; PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 204; PORZIO, *Sulla inestensibilità al concorrente delle aggravanti soggettive "non conosciute"* in *Foro pen.*, 1963, p. 565 s.; SANTORO, *In tema di comunicabilità delle circostanze*, in *Giust. pen.*, 1935, II, c. 851 s.; STILE, *Giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze a carico di diversi concorrenti*, in *Arch. pen.*, 1972, II, p. 554. Per un'approfondita analisi degli orientamenti giurisprudenziali, si veda INSOLERA, *Il concorso di persone nel reato*, in BRICOLA-ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, vol. 2, Torino,

legge n.19/90, va considerato sia in rapporto alla disciplina del concorso di persone nel reato, sia nel contesto dell'imputazione colpevole di circostanza dettata dall'art. 59 c.p. L'art. 118 c.p. dispone ora che "Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono".

Occorre chiedersi, con riferimento alle aggravanti, se l'art. 118 c.p. esaurisca la disciplina dell'estensione ai concorrenti, con la conseguenza che tutte le ipotesi non rientranti fra quelle indicate si imputino obiettivamente anche ai concorrenti, oppure se l'estensione a costoro richieda l'esistenza di uno dei coefficienti indicati nell'art. 59 c.p.

Per le attenuanti che non rientrano nelle tipologie indicate dalla norma si pone il problema se debbano estendersi comunque ai concorrenti giungendo ai risultati, difficilmente accettabili, che giustamente preoccupano la dottrina ⁽²⁾

2. Nella formulazione originaria l'art. 118 c.p. disponeva che le circostanze oggettive, individuate ai sensi dell'art. 70 c.p., fossero valutate a carico o a favore di tutti i concorrenti. Le aggravanti soggettive non inerenti alla persona del colpevole dovevano essere invece poste a carico dei concorrenti quando erano servite ad agevolare l'esecuzione del reato. Le

1984, p. 965 s. (In particolare cfr.: *Comunicabilità delle circostanze ai concorrenti*).

² MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 548.

rimanenti circostanze erano infine applicate solamente a coloro cui si riferivano (3)

Il sistema delineato dalla norma del 1930 aveva fatto sorgere numerose perplessità, non solo per il mancato rispetto del principio di colpevolezza. Ci pare necessario prenderlo in considerazione poiché il recente Schema di legge delega ne ripropone alcuni profili (4)

Il vecchio art. 118 c.p. era oggetto critica, quanto al difetto di colpevolezza, sulla scorta del rilievo che l'imputazione obiettiva giungeva a livelli particolarmente gravi.

L'art.59/1 c.p., fornendo un generale criterio di accollo delle circostanze anche non conosciute, dettava una regola assoluta salva contraria disposizione di legge, ma trovava un significativo temperamento nella previsione di specifici contenuti "dolosi" relativi a singole aggravanti. Tale temperamento subiva invece un vistoso svuotamento nell'estensione delle aggravanti oggettive e "oggettivizzate" ai concorrenti. Se la circostanza aveva tali caratteristiche, l'estensione

³ Il tema dell'estensione delle circostanze ai concorrenti non può prescindere da una disciplina simmetrica a quella del tema del reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti disciplinato dall'art.116 c.p. Per una valutazione dei problemi insiti nel realizzare una fattispecie di concorso nel reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, conforme col principio di colpevolezza, si veda: INSOLERA, *L'art.116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in *Giudizio di colpevolezza*, cit., p.455 s.; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Pisa, 1973; PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, cit., ivi, p.23; IDEM, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1967.

⁴ Vengono in particolare riprese la distinzione fra circostanze soggettive ed oggettive e la c.d. oggettivazione delle prime. Cfr.: *La riforma*, cit., c. 345.

ai concorrenti avveniva anche se per costoro non ricorreva il citato contenuto "doloso". Così, ad esempio, se uno dei concorrenti nella rapina avesse profittato di circostanze di persone che rendono minorata la privata difesa (art.61 n.5 c.p.) anche i concorrenti subivano l'aumento di pena senza che ricorressero né il contenuto "doloso" né qualsiasi altro coefficiente.

Lo stesso criterio dell'estensione delle circostanze soggettive ai concorrenti quando avevano servito ad agevolare l'esecuzione del reato (c.d. oggettivazione delle circostanze soggettive) appariva lontano, non solo da un ragionevole rispetto del principio di colpevolezza, ma anche dal necessario rapporto causale tra condotta e agevolazione. La mera constatazione che la circostanza aveva agevolato la commissione del reato, portava ad estenderla ai concorrenti, anche se costoro non avevano approfittato, neppure inconsapevolmente, di tale agevolazione e non vi avevano dato causa.

L'abrogata disciplina si inseriva nel quadro delle vistose deroghe al principio della responsabilità colpevole che il codice del 1930 prevede nel concorso di persone. Poiché il criterio d'imputazione delle circostanze nel concorso trovava applicazione anche nei casi di reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti (art.116 c.p.) e di mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti (art.117 c.p.), la frizione col principio di colpevolezza si attestava, in tali casi, a livelli particolarmente significativi. Ad esempio se dopo un accordo criminoso per commettere un furto uno dei concorrenti usava violenza commettendo il reato di rapina e poneva la vittima in stato di incapacità di agire strappando i fili del telefono (art. 628 comma 3 n. 2 c.p.) di tale aggravante, di contenuto "doloso" il concorrente rispondeva anche al di là del limite della "conseguenza prevedibile" di cui all'art. 116 c.p.

Era ricorrente l'affermazione che la disciplina previgente dell'art.118 c.p. rappresentasse una delle parti tecnicamente meno felici dell'intera parte generale del codice. Non solo esprimeva l'unico ambito di effettiva rilevanza della distinzione operata dall'art.70 c.p. fra circostanze soggettive e circostanze oggettive (che ora permane nell'ordinamento come una sorta di contenitore vuoto), ma rendeva oltremodo difficoltoso rivenire, ammesso che vi fosse, un ragionevole fondamento per i criteri in base ai quali la circostanza veniva o meno estesa ai concorrenti ⁽⁵⁾.

La scelta si poneva in funzione di chiusura del sistema per consentire l'estensione ai concorrenti dell'elemento circostanziale avvenisse sulla base di qualche fondamento. Non può tuttavia sfuggire che tale fondamento consisteva in un' "opportunità" non solo fondata su esclusive ragioni di politica criminale, ma regolata, anziché dalle regole della colpevolezza, da quelle del *versari in re illicita* temperate dal ricorso all'antico luogo comune *cui prodest scelus, is fecit* ⁽⁶⁾

Prima di approfondire i contenuti delle modifiche intervenute nel 1990, che non hanno risolto compiutamente i gravi problemi di imputazione che si ponevano, appare necessario valutare la disciplina precedente al 1930.

⁵ Cfr.: PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione*, cit., p. 270.

⁶ Per evidenziare gli inconvenienti di un simile criterio di imputazione, basti considerare che in una decisione della Corte di Cassazione sia pur contrastata da altra che lo esclude, si ritenne estensibile ai concorrenti l'aggravante della premeditazione (art. 577 n.1 c.p.), certamente una fra le aggravanti a contenuto psicologico più significative solo per chi l'ha integrata, sulla base del semplice rilievo che il premeditare agevola la condotta criminosa altrui. Sul punto: DE FELICE, *Considerazioni in tema di estensibilità della premeditazione*, cit., p. 517 s.

La materia, nel codice del 1889, era disciplinata dagli articoli 65 e 66. La prima norma disponeva che le circostanze e le qualità inerenti alla persona, permanenti o accidentali, per le quali si aggrava la pena di alcuno fra quelli che sono concorsi nel reato, ove avessero servito ad agevolarne l'esecuzione, dovevano stare a carico anche di coloro *che le conoscevano* nel momento in cui ebbero a concorrere nel reato. L'art.66 stabiliva inoltre che le circostanze materiali che aggravavano la pena, ancorché facessero mutare il titolo del reato, avrebbero dovuto stare a carico anche di coloro *che le conoscevano* nel momento in cui erano concorsi nel reato (7).

⁷ Sul punto: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., vol. II 1920, p.361 s.; IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano*, Firenze, 1890, p.233 s., il quale segue la formazione della norma attraverso i lavori preparatori in cui si pone il problema di modificare la disciplina dell'art.105 del codice del 1859 nel quale era stabilita l'assoluta incomunicabilità ai concorrenti; CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. IV, Torino, 1892, p.160 s. nel quale si affronta, ripercorrendo i vari progetti, i lavori preparatori e la legislazione preunitaria, il tema dell'elemento soggettivo richiesto per estendere le circostanze ai concorrenti; MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890, p.207 s. il quale, commentando il codice sull'immediatezza della sua entrata in vigore, e richiamando la relazione della Camera al progetto Zanardelli evidenzia come non si debba confondere "con la mera prevedibilità delle circostanze aggravanti la prova congetturale della previsione e quindi della scienza. La prevedibilità concerne un calcolo astratto di probabilità: la previsione va rivolta all'animo dell'imputato". Qualora, prosegue il Majno, "sia pure per semplici congetture il giudice si persuada di un concerto criminoso preordinato o sopraggiunto durante la esecuzione e diretto anche alla circostanza aggravante, dovrà essere ammessa, e per le norme generali degli art. 63 e 64 e per le speciali dell'art.66, la comunicabilità a tutti i partecipanti". Si avverte inequivoca la difficoltà probatoria di un sistema che perfezionando il sistema delle circostanze e quello del concorso deve dettare una regola che salvaguardi l'elemento soggettivo. A tali difficoltà si farà esplicito

È dunque evidente che il codice del 1889 ⁽⁸⁾ subordinava ad un significativo ed effettivo coefficiente "doloso" l'estensione delle aggravanti. E' poi particolarmente significativo che, nella relazione a detto codice, si facesse riferimento alle perplessità avutesi nella scelta se accollare circostanze "previste" ovvero anche "prevedibili per loro natura". "Fu osservato -si rilevava- che la prevedibilità di un effetto non può costituire in dolo l'agente, ma può soltanto farlo rispondere di colpa. Questa obiezione però sarebbe fondata solo allora che dalla ipotetica ed astratta prevedibilità si facesse esclusivamente dipendere la responsabilità del partecipe per fatto altrui *il quale sarebbe in tal guisa collegato al fatto proprio da un nesso troppo fragile*" ⁽⁹⁾

Se si valutano le ragioni di politica criminale che portarono alla disciplina del 1930 -come emerge dalla relazione al progetto definitivo del codice- appare ben chiaro come venga meno lo sfavore per la responsabilità oggettiva. "La innovazione contenuta in questa disposizione è una applicazione

riferimento nel corso della redazione del codice vigente per giungere all'attuale normativa.

⁸ Sul dibattito in dottrina, anteriormente al codice del 1889, fra fautori delle circostanze "indeterminate" e di quelle specifiche in relazione al dibattito, incentrato sulle categorie carrariane della qualità, quantità e grado del delitto, e sui progetti di riforma, si veda: CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, cit., pp. 217 s., 224 s., 240 s.

⁹ Si veda la relazione in MILANO, *Codice penale annotato con le relazioni ministeriali e delle Commissioni parlamentari*, Napoli, 1890, p. 107.

della norma generale stabilita dall'art. 63 ⁽¹⁰⁾ sulle circostanze" ⁽¹¹⁾.

Appare allora ragionevole affermare che le disposizioni contenute nell'art.118 c.p. rappresentavano la sintesi di una scelta a favore della responsabilità oggettiva, temperata da ridottissimi casi di esclusione dall'estensione nei casi in cui quest'ultima sarebbe stata priva di ogni significato (le circostanze inerenti alla persona del colpevole e le aggravanti soggettive che non avevano agevolato la commissione del reato) ⁽¹²⁾.

¹⁰ Art.59 del testo definitivo.

¹¹ *Relazione del Guardasigilli, in Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol.5, p.1, Roma, 1929, p. 175.

¹² L'interpretazione del capoverso dell'art.118 c.p. il quale subordinava l'estensione delle circostanze soggettive ai concorrenti *quando hanno servito ad agevolare l'esecuzione del reato* portava a concludere che il legislatore avesse inteso utilizzare un criterio causalistico *ex post* espresso non già in termini di *conditio sine qua non*, ma in termini di agevolazione della condotta criminosa. Il requisito, dal quale dipendeva l'estensione dell'aggravante ai concorrenti, era dunque costituito da una verifica in termini di causalità ipotetica che portasse ad affermare che, eliminata l'aggravante dalla serie causale, il reato sarebbe stato di più difficoltosa esecuzione. Il contenuto della disposizione, limitatamente al requisito dell'agevolazione dell'esecuzione del reato era stato dunque recepito nel 1930 in maniera tralattizia dal codice del 1889. Quest'ultimo, all'art 65, prevedeva che le circostanze aggravanti personali stessero a carico dei concorrenti, purché ricorressero due condizioni, e cioè che fossero conosciute nel momento del concorso nel reato ed avessero servito ad agevolarne l'esecuzione. La disposizione aveva dunque una funzione diametralmente opposta rispetto a quella che assumerà nel 1930. Si riteneva infatti che, per estendere l'aggravante ai concorrenti, non fosse sufficiente la conoscenza effettiva, ma fosse altresì necessario che, su un piano materiale, la circostanza avesse favorito l'esecuzione del reato. Cfr.: MAJNO,

La struttura della norma presentava anche altri significativi aspetti problematici, sia sul piano della determinatezza dell'espressione *hanno servito ad agevolare l'esecuzione* ⁽¹³⁾, sia sul piano dell'accertamento della ricorrenza di tale elemento. La disposizione, oltre a porsi in contrasto col principio di colpevolezza non appariva in grado di individuare un criterio significativo per accollare una circostanza al concorrente ⁽¹⁴⁾.

Commento al codice penale, cit., p. 203. Trasposta nel codice del 1930 la norma sulla delimitazione dei casi di estensione ai concorrenti delle circostanze non solo passa da una nozione più restrittiva di sostanze "personali" ad una più ampia di "soggettive", ma perde la solida base di "effettività naturalistica" costituita dalla conoscenza per divenire il veicolo per accollare all'agente, a titolo di responsabilità oggettiva, addirittura certe circostanze a contenuto psicologico che il concorrente, nel caso concreto, mai avrebbe potuto sospettare potessero esistere. Per tali considerazioni suscita perplessità il ripristino del criterio della "agevolazione" dell'esecuzione del reato contenuta nello Schema di legge delega. Cfr.: *La riforma*, cit., (art. 30) c. 345.

¹³ La constatazione, sia pur riferita all'art.65 del codice del 1889, portò IMPALLOMENEI, *Il codice penale italiano*, cit., p 234, ad osservare che "le circostanze personali tutte, hanno l'attitudine di facilitare l'esecuzione del reato: e in ciò consiste principalmente la loro ragione di essere aggravanti, precisamente come le circostanze materiali. La premeditazione, a mo' di esempio, vale a colpire la vittima in luogo, in modo, in tempo in cui l'aggressione non si aspetta, e difficulta perciò la difesa privata" (ivi).

¹⁴ Il testo previgente dell'art. 118 c.p. poneva all'interprete un'articolata serie di problemi che. La dottrina si chiedeva, in particolare, se le circostanze indicate nell'art.70 inerissero ad un ambito coincidente con quello delineato dall'art.133 c.p., ci si chiedeva quale sia il fondamento che aveva portato a riunire sotto l'unica categoria delle circostanze soggettive momenti che concernono componenti soggettive del fatto e fattori attinenti all'autore del reato. Si poneva il problema se le circostanze sog-

3. Opportunamente dunque l'originario art. 118 c.p. è stato depennato dall'ordinamento come d'altronde era già da tempo proposto in alcuni disegni di legge riguardanti la riforma del codice penale, anche se in tali progetti permaneva la distinzione fra circostanze soggettive ed oggettive ⁽¹⁵⁾.

Come interpretare ora la portata di una norma, l'art. 118 c.p., che si limita ad enunciare la regola per cui le circostanze aggravanti o attenuanti concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze ine-

gettive e quelle oggettive esaurissero l'intero campo delle circostanze e in caso di risposta negativa si chiedeva come ci si dovesse regolare ai sensi dell'art.118 c.p. in rapporto all'estensione. Sorgeva poi il problema se la qualifica delle circostanze indicate all'art.70 fosse solo esemplificativa oppure tassativa e si sollevava la questione, variamente risolta, di come inquadrare le circostanze che apparentemente risultano "miste" e cioè contemporaneamente soggettive ed oggettive. In relazione ai problemi indicati, si veda: PROSDOCIMI, *Su alcune classificazioni*, cit., p. 270 s.

¹⁵ Recentemente si è proposto di valutare in concreto anziché in astratto la qualificazione soggettiva oppure oggettiva delle circostanze. Secondo questo orientamento, siccome appare inutile cercare di comprimere in astratto entro categorie rigidamente in tese gli elementi che solo in concreto, dovranno poi svolgere la loro incidenza sulla determinazione della pena, non può che risultare vano lo sforzo di attribuire, già su un piano astratto, un valore univoco, definito e predeterminato a fattori che per loro stessa natura si mostrano polivalenti. È preferibile dunque abbandonare definitivamente tali ricostruzioni e valutare quale sia l'impatto delle categorie indicate nell'art. 70 c.p. con la realtà umana concreta. "E in concreto potrà essere che un determinato elemento circostanziale acquisti compiuto significato quale modalità dell'azione o, invece, quale indice dell'intensità del dolo; ed un altro, in quanto determinante la gravità del danno o invece in quanto attinente ai rapporti fra il colpevole e l'offeso" Così: PROSDOCIMI, *Su alcune classificazioni*, cit., p. 281.

renti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono?

È elemento di novità la struttura l'unicità della norma che estende ai concorrenti sia le aggravanti che le attenuanti, sulla base dei medesimi criteri.

La scelta del legislatore di prevedere la non estensibilità di alcune circostanze che individuano disvalori fortemente soggetti vi ha un proprio fondamento, anche se permane una certa difficoltà di classificazione per alcune categorie di circostanze, come quelle concernenti i motivi ⁽¹⁶⁾, l'intensità del dolo o il grado della colpa, poiché cadono talvolta su fattispecie circostanziali del cui inquadramento si discute quando il loro contenuto tipico *non si esaurisca* nella caratteristica che determina l'inesensibilità. Basti considerare che parte della dottrina soltanto ritiene che la premeditazione consista meramente in una forma di intensità del dolo ⁽¹⁷⁾, mentre solo

¹⁶ La nuova disciplina, se da un lato supera il problema delle circostanze "miste", sia oggettive che soggettive, propone ora quello nuovo delle circostanze "miste" nel senso che contengono sia elementi fra quelli indicati e che comportano la non estensione, sia elementi di altra natura che comporterebbero l'estensione. Si pensi all'aggravante del danno di rilevante gravità in reato determinato da "motivi di lucro" (art. 61 n.7 c.p.). In tal caso deve ritenersi che, siccome la norma enuncia come regola la non estensione e come eccezione l'estensione ai concorrenti, quest'ultima debba trovare applicazione solo se si tratti di circostanza che rientra interamente nelle categorie indicate. In caso contrario verrebbe esteso ai concorrenti un elemento che la norma indica come non estensibile conseguendo il risultato che la norma stessa voleva evitare. Sulla struttura dell'aggravante citata cfr.: CONTIERI, *Falso in atto pubblico*, cit., p. 437.

¹⁷ Tale assunto è approfondito criticamente da CONTIERI, *La premeditazione*, cit., p. 55 ss. mentre PATALANO, *Premeditazione*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 1030 accede alla ricostruzione come intensità del dolo.

qualche decisione giurisprudenziale, contrastata vivacemente dalla dottrina, afferma che la colpa cosciente rientra nel "grado" della colpa¹⁸).

Deve ritenersi che l'art. 59/2 c.p., che consente l'applicazione delle aggravanti solo se conosciute o conoscibili, si applichi anche alle circostanze "estese" ai concorrenti. Il nuovo art. 118 c.p. ha funzione di norma speciale che deroga agli artt. 59 e 110 c.p. solo laddove delimita l'applicabilità di talune circostanze esclusivamente all'autore cui si riferiscono. In tutti gli altri casi gli artt. 59 e 110 c.p. troveranno applicazione e pertanto le aggravanti saranno estese, in forza del principio della pari responsabilità dei concorrenti, solo se conosciute o conoscibili.

Tale conclusione, ovviamente, non significa che le circostanze aggravanti siano applicabili per tutti i concorrenti col medesimo coefficiente soggettivo. È ovvio che le circostanze caratterizzate da un contenuto doloso comporteranno l'esistenza di tale elemento nel soggetto cui si riferiscono, mentre si estenderanno ai concorrenti purché tale contenuto doloso fosse conoscibile. Così, ad esempio il mandante di un furto di preziosi può non sapere se l'autore principale usa una chiave falsa (comportamento strutturalmente doloso previsto dall'art. 625 n. 2 c.p.), ma risponderà dell'aggravante se poteva venire a conoscenza che sarebbe stato usata tale tecnica furtiva.

Si pone il problema di individuare il *criterio* in base al quale vanno selezionate le circostanze che "sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono", per cercare di meglio individuarne la portata. La soluzione assume signifi-

¹⁸ PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 853 ss.

catività innanzitutto per la delimitazione delle aggravanti estensibili che, eliminato il "filtro" dell'essere servite ad agevolare la commissione del reato e ridimensionata la categoria delle "soggettive", sono ora in maggior numero estensibili, sia pure subordinatamente alla presenza dei coefficienti di colpevolezza dell'art. 59 c.p. Va poi rilevato che l'estensione delle attenuanti ai concorrenti, ormai regolata dal solo elenco di quelle "strettamente soggettive", rischia di estendersi anche laddove non vi sarebbero motivi ragionevoli per diminuire la pena.

A nostro avviso il criterio da utilizzare è quello di considerare le circostanze indicate nell'art. 118 c.p. come portatrici di disvalori soggettivi incompatibili con l'estensione delle aggravanti e delle attenuanti.

Conseguentemente è la semplice ricorrenza nella struttura della circostanza di uno degli elementi (motivi, ecc.), al di là della ricorrenza di un più ampio sostrato materiale, che porta a ritenerla non estensibile ai concorrenti, perché significativa di maggiore o minore gravità del reato solo per il reo a cui si riferisce.

L'individuazione delle specifiche categorie escluse dall'estensione, al di là dei problemi che nascono dalla struttura delle singole circostanze, appare "in sé" ragionevole. I "motivi", sulla cui natura ci si è già espressi in precedenza, allorché si approfondirono i loro rapporti problematici con i coefficienti di colpevolezza, appaiono infatti esclusivamente riferibili al soggetto che li ha espressi. Ad analoghe considerazioni deve giungersi per le circostanze che graduano il dolo e la colpa e che ineriscono alla persona del colpevole, attinenti cioè all'imputabilità ed alla recidiva. Per tali circostanze ogni estensione implicherebbe uno stravolgimento della loro funzione nell'ordinamento.

Quanto all'intensità del dolo, ad esempio, se per quest'ultimo intendiamo la "volontà diretta all'evento" l'attenuante del recesso attivo (art. 56/3 c.p.) vi rientra concernendo la deviazione di detta volontà attraverso un comportamento parimenti "volontario".

4. Si pone il problema se nell'ordinamento vi siano altre circostanze "strettamente soggettive" ⁽¹⁹⁾ oltre a quelle indicate nell'art. 118 c.p.

Deve ritenersi che l'elenco delle circostanze non estensibili ai concorrenti vada integrato con altre specifiche figure *che hanno nella loro struttura un richiamo all'applicabilità al solo reo cui si riferiscono* e che dunque fanno eccezione alla regola dell'art. 118 c.p. Tale richiamo può essere esplicito o implicito. Una diversa interpretazione porterebbe a risultati in grado di sconvolgere la ragion d'essere di tali circostanze.

Le ipotesi in questione, se non si dà rilievo a tale elemento di struttura, creerebbero problemi sull'estensibilità poiché non rientrano fra i casi eccettuati indicati nell'art. 118 c.p.

Fra le attenuanti che, per espressa disposizione di legge, si applicano solo al reo cui si riferiscono rientrano quelle previste dal quarto e dal quinto comma dell'art. 630 c.p. e quelle sul ravvedimento in tema di reati con finalità di terrorismo disciplinate dall'art. 4 della legge n. 15/80 che hanno come elemento di struttura la figura del "concorrente che, dissociandosi dagli altri ...". Rientrano inoltre in tale categoria le attenuanti della dissociazione dal terrorismo e della collaborazione previste dagli articoli 2 e 3 della legge n. 304/82 e dall'art. 2 della legge n. 34/87.

¹⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 549.

Recano implicito un riferimento all'applicabilità al solo reo cui si riferiscono, e non sono quindi estensibili le circostanze in cui il riferimento all'"azione" si appunta, in concreto, a quella del singolo che l'ha posta in essere esprimendo dunque un maggiore o minore disvalore *ad personam*, come le attenuanti previste dall'art. 311 c.p. in tema di delitti contro la personalità dello stato e dall'art. 73/5 del T.U. 309/90 che disciplina il fatto lieve in materia di stupefacenti, nonché tutte le circostanze indefinite che prendono in considerazione un fatto grave o un fatto lieve che discende dalla valutazione di elementi funzionali alla capacità a delinquere del singolo reo.

Rientrano in tale categoria le attenuanti generiche ogni volta in cui gli elementi "tali da giustificare una diminuzione di pena" (art. 62 bis c.p.) inglobano una valutazione puramente rivolta al singolo. L'ampiezza delle ipotesi che è possibile prendere in considerazione per applicare le generiche, consente di individuarne talune il cui fine nell'ordinamento è quello di determinare una diminuzione di pena per fattori attribuibili solo *ad personam* e perciò incompatibili con l'estensione ai concorrenti per i quali non rappresentano nulla in rapporto al disvalore soggettivo posto in essere.

Operando un raffronto fra le circostanze soggettive definite dall'art. 70 c.p. e quelle ora previste dall'art. 118 c.p., si nota l'assenza di quelle concernenti le condizioni o le qualità personali del colpevole ed i rapporti fra il colpevole e l'offeso, e l'aggiunta di quelle concernenti i motivi a delinquere.

Problemi significativi appaiono sorgere per una serie di difficoltà interpretative che si verificano nel sistema a causa della struttura delle singole circostanze che la riforma ha "trovato" nel sistema per le quali occorre approfondire il tema dei limiti all'estensione.

Innanzitutto il problema si pone per molte aggravanti caratterizzate da un contenuto psicologico o da altro elemento fortemente connesso all'individualità del singolo reo. Si pensi al caso di persona che sia latitante (art. 61 n. 6 c.p.) all'insaputa degli altri concorrenti. In tali casi mentre la conoscenza rappresenta un coefficiente ragionevole per l'estensione non potrebbe affermarsi lo stesso per la conoscibilità: si potrà avere il dubbio che il complice sia latitante, ma non certo potrà parlarsi di una possibilità di conoscere.

Oppure si valuti il caso in cui uno dei complici, quando gli altri non possono impedirglielo, tenti di aggravare le conseguenze del reato (art. 61 n.8 c.p.), realizzando una circostanza estrinseca costruita sulla gravità del danno, in cui si pone il problema della conoscibilità dello sviluppo dell'azione realizzato dai concorrenti.

Il problema può porsi per due distinti ordini di ragioni:

a) per la particolare *posizione del concorrente* come nel caso dell'istigatore o di chi compie un'attività preparatoria determinante (ad es: il complice che lascia introdurre in uno stabilimento gli incendiari consapevole dell'intento criminoso, ma non sa che costoro aggraveranno il reato ai sensi dell'art. 424 c.p. poiché hanno deciso di incendiare un deposito di carburanti);

b) per il particolare *sviluppo dell'azione* in maniera frazionata tra più concorrenti (ad es. es. il "palo" di un furto il quale ignora che il complice, giunto all'interno della casa, strapperà la cosa di dosso alla persona, aggravando il reato ai sensi dell'art. 625 n.4 c.p.).

Il combinarsi dei due elementi indicati porta ad individuare numerose eventualità nelle quali ci si deve porre il problema se la prefigurazione di una futura condotta possa rien-

trare nell'accezione dei termini tipici "conoscenza" ed "errore" (cui è equiparata l'ignoranza) individuati dall'art. 59 c.p.

La risposta non può che essere affermativa nel senso che la prefigurazione è costituita da una base conoscitiva compatibile con le espressioni dell'art. 59 c.p.

La nuova disciplina dell'art. 118 c.p. non appare armonizzata con le ipotesi delineate dagli artt. 116 e 117 c.p., qualora siano circostanziate.

Se viene commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti il reo ne risponderà se il reato effettivamente commesso è conseguenza della sua azione od omissione, nei limiti della prevedibilità indicati dalla Corte costituzionale. Per le circostanze il coefficiente di imputazione sarà più rigoroso rispetto al reato: mentre le aggravanti rientranti nell'elenco dell'art.118 c.p. si applicheranno solo al soggetto cui si riferiscono ai sensi dell'art. 59/2 c.p., le altre si estenderanno solo se conosciute e conoscibili.

In caso di mutamento del titolo del reato il reo risponderà obiettivamente dell'elemento che rende *proprio* il reato e in base all'art. 118 c.p. delle circostanze, rendendo possibile qualche sconnessione nel sistema. Si pensi all'ipotesi di ingiuria che muti in insubordinazione con ingiuria (art. 189, 2° comma c.p.m.p.) ed al conseguente concorso nel reato dell'*extraneus* non consapevole della qualifica, (artt. 117 c.p. e 14 c.p.m.p.) e dal problema se sia applicabile solo in quanto conoscibile l'aggravante della qualifica di "comandante del reparto" della persona offesa (art.190 c.p.m.p.). La risposta è nel senso che deve ricorrere tale coefficiente soggettivo, giungendo alla conclusione che è più aperta alla colpevolezza l'imputazione della circostanza rispetto all'elemento costitutivo.

5. Il criterio di estensione delle circostanze ai concorrenti necessita di un'ulteriore revisione in cui si avverta un coerente coordinamento con la disciplina del concorso di persone e si realizzi un definitivo e ragionevole contemperamento tra il principio di colpevolezza e la ragion d'essere delle singole circostanze.

Qualora si mantenga la distinzione fra circostanze mai estendibili per un certo loro carattere ⁽²⁰⁾ e circostanze estendibili, la norma dovrebbe essere formulata attraverso un criterio che porti ad escludere con rigore da tale estensione le circostanze che sono espressione di disvalori esclusivamente soggettivi.

Per giungere a tale risultato lo schema di legge delega (art. 30) segue una via intermedia fra la soluzione del 1930 e quella del 1990. Ferma restando l'imputazione colpevole si propone di tornare all'estensione di tutte le circostanze oggettive e di quelle soggettive che siano servite ad agevolare l'esecuzione del reato, senza però operare alcuna distinzione tra attenuanti ed aggravanti ⁽²¹⁾.

La soluzione ripropone dunque una sorta di ragion d'essere complessiva delle circostanze soggettive in rapporto alla responsabilità del concorrente di cui, a nostro avviso, si evidenziano alcuni limiti.

Innanzitutto la mancata distinzione tra attenuanti ed aggravanti rende difficile cogliere la stessa fisionomia delle attenuanti agevolatrici.

²⁰ Si è sottolineato in dottrina come la portata oggettiva (e cioè riferita al reato) o soggettiva (e cioè riferita al reo), trovi nella maggior parte dei casi la sua naturale sede di verifica nel caso concreto e non sul piano astratto. Cfr.: PROSDOCIMI, *Op.cit.*, p. 284.

²¹ Cfr.: *La riforma*, cit., c. 345.

Individuare in che termini una circostanza soggettiva, anche la sola aggravante, possa essere agevolatrice del reato rischia inoltre di trasformarsi in un'irragionevole valutazione *ex post* che appare apprezzabile secondo punti di vista assai differenti e quindi rischia di aprire una falla, estremamente significativa in termini di conseguenze sanzionatorie, all'arbitrio del giudice, con evidente lesione del fondamento garantista del principio di legalità.

La circostanza soggettiva agevolatrice creerebbe difficoltà nell'interprete anche sul piano della colpevolezza, poiché si tratterebbe di valutare se tale elemento sia da considerare "interno" al sostrato materiale della circostanza, oppure una "condizione obiettiva" per la sua applicazione.

Se l'essere "agevolatrice del reato" diviene componente "tipica" dovrebbe essere conseguentemente riflessa nella colpevolezza e quindi "rappresentabile", creando non pochi problemi nel valutare quando il reo possa rappresentarsi una simile funzione della circostanza.

Se l'essere "agevolatrice del reato" fosse una condizione obiettiva la soluzione sarebbe in contrasto con la norma che lo Schema propone in tema di condizioni obiettive di punibilità, dalle quali dovrebbero essere esclusi tutti gli elementi, sia pur rapportati al reato, che sono partecipi della lesione (art. 22), fra i quali rientra comunque un fatto "agevolatore".

A nostro avviso diviene necessario distinguere fra le diverse circostanze soggettive indicate nell'art. 24 dello schema di legge delega, e precisamente:

a) per quanto concerne le aggravanti che attengono all'intensità del dolo o al grado della colpa, il disvalore soggettivo di cui le circostanze sono portatrici è costituito da un particolare atteggiamento colpevole, che pertanto dovrebbe potersi riverberare sui concorrenti solo quando questi ultimi ne sia-

no soggettivamente partecipi, con la stessa intensità e lo stesso grado dell'autore principale;

b) le attenuanti soggettive che riguardano l'intensità del dolo o il grado della colpa dovrebbero potersi applicare solo al soggetto cui si riferiscono;

c) le aggravanti concernenti le condizioni o le qualità personali del colpevole o i rapporti fra il colpevole e l'offeso dovrebbero potersi applicare secondo la regola generale della rappresentazione o della mancata rappresentazione dovuta a colpa (art.23) mentre le attenuanti aventi le medesime caratteristiche non dovrebbero in alcun caso estendersi ai concorrenti;

d) le aggravanti e le attenuanti inerenti alla persona del colpevole, postulando una loro sostanziale equivalenza a quelle attuali che riguardano imputabilità e recidiva, non dovrebbero infine estendersi in nessun caso ai concorrenti.

Il disegno di legge n. 2038 ⁽²²⁾ (art. 103/1) sviluppa le medesime soluzioni. Dovrebbero applicarsi al solo soggetto cui si riferiscono le aggravanti ed attenuanti che concernono i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle inerenti alla persona del colpevole. Per quanto concerne l'estensione ai concorrenti si torna alla distinzione fra oggettive (che si estendono ai concorrenti) e soggettive che si estendono solo se sono servite ad agevolare l'esecuzione del reato. Siccome l'art. 67 del disegno di legge enuncia le categorie di circostanze da qualificare soggettive e fra esse rientrano quelle indicate nel primo comma, dovrà concludersi che dovrebbero estendersi ai concorrenti le residue, e cioè quelle concernenti le condizioni e le qualità personali del colpevole ed i rapporti fra il colpevole e l'offeso. La locuzione ge-

²² Cfr.: *Disegno di legge*, cit., p. 986.

nerica "circostanze" fa ritenere che permanga la problematica categoria delle attenuanti agevolatrici e che resti irrisolto il problema della copertura di tale "agevolazione" in termini di colpevolezza.

6. L'art.60 c.p., che disciplina l'imputazione delle circostanze in caso di *errore sulla persona dell'offeso*, non è stato modificato dalla legge n.19/90. Nello schema di legge delega per la riforma del codice penale non compare alcuna disposizione di analogo tenore, prevista invece dal disegno di legge n. 2038 con un testo identico a quello attualmente in vigore ⁽²³⁾.

L'interpretazione della norma, il cui contenuto è richiamato dall'art.82 c.p. in tema di *aberratio ictus*, trova la dottrina divisa su posizioni assai lontane. Trattandosi di problema autonomamente disciplinato in tema di imputazione delle circostanze dovrà essere qui ripreso, ancorché la deroga che la norma presenta rispetto alla disciplina regolare dell'art. 59/2 c.p. appaia assai ridimensionata dopo le modifiche del 1990 ⁽²⁴⁾.

L'art. 60/1 c.p. disciplina un caso di *errore dovuto a "scambio" di persona in ordine a specifici connotati dell'effettivo offeso*, consistenti nelle condizioni o qualità di quest'ultimo e nei suoi rapporti con il colpevole. Trattasi dunque in modo esclusivo di *mancata conoscenza* che ha come necessario presupposto un reato doloso cui accede, sul piano oggettivo, l'effettiva ricorrenza della circostanza.

²³ Cfr.: *Disegno di legge*, cit. p. 984.

²⁴ Si veda sul punto: MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione*, cit., p. 188 ss.

Dopo la riforma il mero raffronto contenutistico fra l'art. 59/2 e l'art. 60/1 c.p. porta a concludere che, quando ricorre l'errore sull'offeso come sopra specificato, le aggravanti riguardanti le condizioni o le qualità della persona offesa, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso non sono imputabili a titolo di errore o mancata conoscenza colposi.

Il mero raffronto fra l'art. 59/1 e l'art. 60/2 c.p. ci porta a concludere che, oltre alle attenuanti obiettivamente esistenti, si applicano a favore del reo, con un'evidente deroga alla regola generale, anche quelle erroneamente supposte concernenti le predette qualità, condizioni e rapporti (in capo, ovviamente alla persona cui si intendeva effettivamente recare offesa).

Il terzo comma introduce l'eccezione alla deroga e stabilisce che si applichino secondo le regole generali (e cioè, dopo la legge n.19/90, solo se conosciute o conoscibili) le circostanze che riguardano l'età e le altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa.

L'art. 82 c.p. stabilisce che, quando è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, si applichino, in relazione alle aggravanti ed attenuanti, le disposizioni dell'art.60 c.p.

Occorre individuare quali manifestazioni possa assumere in generale il tema dell'errore che sia commesso dal soggetto agente e che coinvolga l'offeso. In tale contesto è possibile individuare tre ipotesi che, per ragioni di chiarezza, vanno delineate prescindendo dalla loro relazione con gli elementi costitutivi del reato o con le circostanze.

A) La prima ipotesi riguarda il caso di un soggetto che, errando nella fase rappresentativa, *confonde una persona per un'altra*. Quando tale soggetto passa alla fase esecutiva, agisce nei confronti di una persona fisica che egli ha bene indi-

viduato, pur credendo che si tratti di un soggetto diverso. La vicenda coinvolge dunque tre individui.

B) La seconda ipotesi riguarda l'errore nella fase esecutiva, in cui il soggetto *fa ricadere gli effetti di un proprio comportamento su una persona diversa rispetto a quella cui tali effetti erano diretti* per un errore che attiene all'esecuzione del comportamento che si era proposto. Anche questa vicenda coinvolge tre individui.

C) La terza ipotesi riguarda invece l'errore sulla qualità di una persona. Il soggetto attivo *crede che una persona abbia una certa prerogativa o qualifica* che in realtà tale persona non possiede o, viceversa ignora che una determinata persona possieda una certa caratteristica che invece possiede. Questa vicenda coinvolge invece due soli soggetti, in quanto sono la prerogativa o la qualifica a formare oggetto di errore rappresentativo e non vi è scambio di persone ⁽²⁵⁾.

²⁵ In realtà la prima e la terza ipotesi presentano astrattamente alcune zone di possibile sovrapposizione quando la "qualità" è tale da essere prerogativa esclusiva di altro soggetto, nel qual caso non si tratta di *error in qualitate* ma, ovviamente, di *error in persona*. Tale zona d'ombra non può tuttavia sussistere nel caso di errore sull'offeso che rileva ai fini delle circostanze, in quanto tale norma può trovare applicazione solo per circostanze ignorate o ritenute erroneamente inesistenti. In sostanza la norma non può in alcun caso estendersi a prendere in considerazione situazioni ritenute esistenti mentre in realtà non lo erano, poiché tale situazione rientrerebbe nel reato putativo. Ne consegue dunque che le situazioni oggetto di tale norma consentono di distinguere in ogni caso tra scambio di persona ed errore sulla qualità e potremo quindi avere la situazione a tre soggetti di chi danneggia l'automobile di un certo pubblico funzionario scambiandola per quella del proprio nemico o quella a due soggetti di chi danneggia l'automobile del di una precisa persona, senza sapere che si tratta di un certo pubblico funzionario).

È evidente la similitudine fra le varie ipotesi delineate, ma proprio tale caratteristica può essere fonte di diverse ricostruzioni a seconda di come siano individuati i limiti degli istituti che le disciplinano.

Perché trovi applicazione l'art. 60 c.p. *non deve trattarsi di errore essenziale, e cioè riferito agli elementi costitutivi del reato*. L'errore essenziale, infatti fa venir meno il dolo in relazione all'elemento costitutivo e quindi all'intera fattispecie che deve essersi rappresentata nella mente del reo.

Come è stato sottolineato ⁽²⁶⁾, il fondamento sostanziale della deroga al precedente testo dell'art. 59 c.p. andava ravvisato nell'impossibilità di formulare un qualsiasi rimprovero per non aver conosciuto la circostanza. Imputare un elemento che aggrava la pena in simili condizioni avrebbe significato adottare la regola del *versari in re illicita*, con la conseguente valorizzazione dell'elemento materiale rispetto alla colpevolezza, senza una ragione comprensibile.

Secondo la prevalente dottrina le due norme citate si riferiscono rispettivamente, quanto all'art.60 c.p. allo scambio di persona (ipotesi A) e, quanto all'art.82 c.p. all'errore nella fase esecutiva (ipotesi B), mentre all'errore sulla qualità della persona (ipotesi C) si applicano le regole ordinarie stabilite dall'art.59 c.p.

Parte della dottrina ⁽²⁷⁾ ritiene viceversa che l'art.60 c.p. disciplini, solo l'ipotesi sull'errore concernente la qualità del-

²⁶ PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 203 e la dottrina ivi citata.

²⁷ MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 208 ss.; TRAPANI, *La divergenza fra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p.139. L'Autore premessa la ricostruzione della portata dell'art.82 c.p. come norma comprensiva di tutte le vicende a tre soggetti, ritiene che l'art. 60, in sé considerato, faccia rife-

la persona (ipotesi C) mentre invece sia l'errore nella fase rappresentativa (ipotesi A) sia l'errore nella fase esecutiva (ipotesi B) troverebbero disciplina nell'art. 82 c.p. il quale a sua volta richiama, quanto alle circostanze, l'art. 60 c.p.

Secondo una terza impostazione dottrinale più risalente, l'art. 60 c.p. si riferisce sia all'errore sulla persona che all'errore sulla qualità (ipotesi A e C), mentre l'art. 82 c.p. si riferirebbe esclusivamente all'*aberratio ictus* ⁽²⁸⁾, adducendo un'indiretta conferma da alcune affermazioni che si riscontrano nella relazione al Progetto definitivo ⁽²⁹⁾.

Per valutare quale sia l'interpretazione dell'art. 60 c.p. da accogliere, iniziamo dalla prima ricostruzione, certamente la più diffusa, che per chiarezza espositiva verrà indicata come quella che esclude dalle circostanze indicate il caso di *error in qualitate*.

Caratteristica comune delle ipotesi delineate negli articoli 60 e 82 c.p. è, secondo tale prospettiva, quella di riguardare tre soggetti: l' agente, la vittima designata e la vittima raggiunta dall'offesa. L'unitarietà della disciplina si spiegherebbe poiché siamo in presenza di un soggetto ulteriore rispetto alla normalità, che è vittima casuale del reato. La deroga all'art. 59 c.p. si giustifica dunque in quanto le circostanze aggravanti che riguardano le condizioni o le qualità della persona offesa, o i rapporti fra offeso e colpevole sono riferibili alla vittima casuale e quindi privi di significato in termini di

rimento esclusivo a una vicenda a due soggetti, l'agente e la persona offesa dal reato.

²⁸ COSTA, *Circostanze*, cit., p.170; FROSALI, *Sistema del diritto penale italiano*, cit., p. 599 s.

²⁹ *Lavori preparatori*, cit., *Relazione al progetto definitivo*, Parte I, cit., p. 108.

maggior riprovazione nei confronti del reo. Nello stesso senso appare ragionevole quanto dispone il comma successivo dell'art. 60 c.p. che rende rilevante l'erronea supposizione delle medesime attenuanti concernenti la vittima designata⁽³⁰⁾.

Diverso è, secondo la stessa impostazione, il caso di un rapporto del tutto ordinario fra reo e vittima del reato, nel quale il soggetto ignori una certa qualifica. In tale ipotesi infatti il legislatore non aveva motivo di differenziare il criterio di imputazione rispetto alle altre circostanze. La stessa espressione letterale dell'art. 60 c.p., d'altronde, formulata in termini di errore sulla persona offesa, non può che aver fatto riferimento ad uno scambio di persone, altrimenti la "situazione tipica" sarebbe stata descritta nel senso che le condizioni o qualità della persona offesa, e i rapporti fra il colpevole e l'offeso devono essere conosciuti per consentire l'imputazione della circostanza che li individua.

La seconda impostazione attrae l'errore sulla vittima designata nel quadro del reato aberrante e riserva l'applicabilità dell'art. 60 c.p. all'*error in qualitate*.

L'espressione "persona offesa" deve intendersi, in tale prospettiva, come "soggetto titolare dell'interesse protetto"⁽³¹⁾. L'art. 60 c.p. andrebbe dunque letto come del tutto sganciato dal successivo richiamo contenuto nell'art.82 c.p. Esso disciplinerebbe una vicenda a due termini, che deroga rispetto a quella dell'articolo precedente, nella quale non interviene alcuno scambio di persona. La norma sulle circostanze contenuta nell'art. 82 c.p. non sarebbe allora limitata ad una mera

³⁰ PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 203

³¹ MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, p. 644.

estensione di quanto dispone l'art. 60 c.p. all'*aberratio ictus*, ma avrebbe un proprio spazio operativo autonomo. Tale impostazione deriva dalla lettura che viene data dell'intera norma sull'*aberratio ictus*.

Va premesso che, secondo la prevalente dottrina, la differenza di contenuto fra l'art. 60 e l'art.82 c.p. deriverebbe dalla diversità del motivo che ha indotto l'agente alla divergenza personale. Nella prima norma l'errore deriverebbe da una falsa rappresentazione della realtà, mentre nella seconda da una difettosa esecuzione del reato. Nella formulazione dell'art. 82 c.p., invece, dovrebbe darsi rilievo, secondo l'impostazione in esame, anche all'espressione "o per un'altra causa" che viene affiancata dalla norma a quella relativa all'errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato. Dando rilievo a tale espressione, si deduce che la norma in questione abbraccerebbe tutte le ipotesi in ambito circostanziale di differenza fra voluto e realizzato che hanno portato ad una condotta lesiva nei confronti di soggetto diverso rispetto a quello designato ⁽³²⁾.

Conseguentemente sarebbe confermata l'applicabilità dell'art. 60 c.p. alla vicenda a due termini, e cioè a quella concernente determinate qualità della persona offesa, particolarmente tutelate attraverso le circostanze. Tale norma infatti sarebbe altrimenti un'inutile duplicazione di quanto già stabilisce l'art. 82 c.p.; essa comunque non si spiegherebbe se non con la volontà di dare rilievo all'imputazione soggettiva di circostanza in ogni ipotesi di divergenza fra voluto e realizzato concernente le circostanze che riguardano l'offeso.

La terza impostazione ritiene che l'art 60 c.p. riguardi sia l'errore sulla persona dell'offeso che l'errore su una sua qua-

³² TRAPANI, *La divergenza fra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p.134 s.

lità. Il fondamento della norma sarebbe quello di evitare che risultino applicabili le aggravanti concernenti la persona raggiunta dall'offesa tutte le volte in cui tale persona non sia quella effettivamente avuta di mira o certe qualità non siano state rappresentate (33).

All'impostazione prevalente che esclude la rilevanza dell'*error in qualitate*, si obietta come la ricostruzione non collimerebbe con le conclusioni alle quali si perviene attraverso la lettura dei lavori preparatori (34). In particolare, nella relazione al progetto definitivo si sottolinea, esemplificando, che il parricida il quale ignori la qualifica del soggetto passivo risponderebbe di omicidio semplice, senza cioè l'applicazione dell'aggravante concernente i rapporti di parentela intercorrenti fra il colpevole e l'offeso.

All'impostazione che ammette la rilevanza dell'*error in qualitate*, si oppone che l'art. 82 c.p. pare riferirsi in maniera univoca ad un errore nella fase esecutiva e non anche a quella intellettuale. L'espressione della norma che disciplina l'ipotesi plurilesiva dell'offesa aberrante, prendendo in esame il caso che sia offesa anche la persona nei cui confronti il soggetto si era diretto, potrebbe riferirsi solo ad un'aberrazione intervenuta durante la commissione del reato. Uno scambio avvenuto attraverso un'erronea individuazione non è compatibile con l'offesa anche della vittima designata. Sarebbe dunque illogico ipotizzare una diversa sfera di operatività del primo rispetto al secondo comma dell'art. 82 c.p. (35).

³³ FROSALI, *Sistema del diritto penale italiano*, cit., p. 600.

³⁴ MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 645; TRAPANI, *La divergenza fra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 141.

³⁵ PADOVANI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 203.

Alla terza impostazione, quella che vede disciplinata nell'art. 60 c.p. sia l'*error in persona* che l'*error in qualitate* (senza il tramite dell'art. 82 c.p.) si obietta che se fosse tutto così semplice, la norma si sarebbe espressa nel senso della necessaria rappresentazione da parte del soggetto delle aggravanti in esame, mentre invece la deroga all'art. 59 c.p. in materia di aggravanti non evidenzia un'anomala rilevanza del soggettivo, ma un'anomala non rilevanza dell'oggettivo mentre, viceversa, in materia di attenuanti la norma evidenzia un'anomala rilevanza del putativo sul reale che non sarebbe giustificabile ⁽³⁶⁾.

Critica comune ad entrambe le impostazioni che individuano l'applicabilità dell'art. 60 c.p. anche alla vicenda a due soggetti, consiste nel rilevare che sarebbe incongruo il richiamo contenuto nell'art. 82 c.p., che disciplina un'ipotesi certamente a tre soggetti al di fuori di ogni discussione nei confronti dell'art. 60 c.p., se anche quest'ultima non fosse una fattispecie coinvolgente tre soggetti.

Con la prevalente dottrina ci pare di dover concludere che la sfera di applicabilità dell'art. 82 c.p. non può essere portata oltre gli orizzonti dell'*aberratio ictus*, e quella dell'art. 60 c.p. al di fuori del limite rappresentato dal rapporto che riguarda tre figure.

Appariva infatti coerente col sistema del codice del 1930 una disciplina che riconducesse il mero errore sulla qualità a quella regolare dell'art. 59 c.p. Non avrebbe avuto infatti coerente giustificazione una distinzione fra tale elemento e gli altri disciplinati dall'articolo suddetto.

Solo infatti una differenza che avesse tratto origine dall'errore insorto durante l'azione in rapporto alla persona offesa

³⁶ PADOVANI, *Op.cit.*, p. 204.

poteva avere significato come temperamento della scelta sottostante che consiste nell'irrilevanza dell'identità dell'offeso come oggetto del dolo. Disposta tale irrilevanza, infatti, la norma del 1930, non solo si preoccupava di non attribuire al reo le circostanze aggravanti nascenti dall'identità dell'effettivo offeso, ma disciplinava (e continua a disciplinare) anche l'eccezionale rilevanza delle circostanze attenuanti erroneamente supposte e riguardanti la persona alla quale l'offesa era diretta, dando accesso, in deroga alle regole generali, ad una componente soggettiva riguardante le circostanze attenuanti altrimenti mai presa in considerazione. In caso di errore sull'offeso e di *aberratio ictus*, le circostanze attenuanti trovano infatti applicazione *solo se* erroneamente supposte, mentre invece, in caso di identità fra soggetto passivo rappresentato ed effettivamente offeso, tali attenuanti troverebbero applicazione anche se non rappresentate.

È ovvio innanzitutto che le posizioni che prevedono l'applicabilità dell'art.60 c.p. anche all'*error in qualitate*, prendono in considerazione in questo contesto anche tale ipotesi.

Va posto altresì il problema se in caso di "scambio" che riguardi uno soltanto dei concorrenti debba prevalere la disciplina dettata dagli artt. 60 e 82 c.p. rispetto a quella prevista dall'art.118 c.p.

In caso di aggravanti tale situazione può verificarsi, ad esempio se Tizio per errore ferisce Caio, padre del complice, anziché Sempronio vittima designata, ipotesi in cui deve porsi il problema se il delitto di cui all'art. 582 c.p. sia aggravato ai sensi dell'art. 577 n. 1 c.p. La riforma dell'art. 118 c.p. considera estensibili ai concorrenti le aggravanti che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa ed i rapporti fra il colpevole e l'offeso anche se non si sono "oggettivate" come era in precedenza ma tale estensione deve avvenire,

come si è affermato, solo in presenza di uno dei coefficienti previsti dalla norma. Deve ritenersi che anche l'errore commesso dal *singolo concorrente* sulle predette qualità e rapporti renda applicabile a tutti la norma dell'art. 60 c.p. e che pertanto la circostanza sia inapplicabile per tutti i concorrenti. L'art. 118 c.p. infatti si limita ad enunciare la regola che certe circostanze si estendono ai concorrenti nel rispetto delle regole sull'imputazione colpevole. Da tale interpretazione consegue quindi, non solo l'applicabilità dell'art. 59 commi 1 e 2 che detta la regola generale dell'imputazione di circostanza, ma anche dell'art. 60 c.p. che detta una regola particolare di tale imputazione.

Più semplicemente può anche affermarsi che, in caso di aggravanti, la *non applicazione* derivante dall'art. 60 c.p. nei confronti dell'autore al quale si riferiscono non consente nemmeno l'estensione ai concorrenti. Trattandosi di errore nella fase ideativa o nella fase esecutiva, lo stesso non può che coinvolgere il complesso dei concorrenti che hanno recato offesa ad un terzo anziché alla vittima designata, facendo riferimento al soggetto per il quale rilevano le condizioni o qualità della persona offesa ed i rapporti fra il colpevole e l'offeso.

La conclusione è più semplice per le circostanze attenuanti per le quali l'art. 60/2 c.p. prevede la rilevanza in caso di erronea supposizione. Deve infatti considerarsi che, in base alla nuova formulazione dell'art. 118 c.p., non si estendono ai concorrenti le sole circostanze concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle inerenti alla persona del colpevole. Siccome l'art. 60 c.p. si riferisce alle circostanze che riguardano le condizioni o qualità dell'offeso ed i rapporti fra il colpevole e l'offeso, consegue che le at-

tenuanti in questione erroneamente supposte si estenderanno automaticamente ai concorrenti.

Occorre infine valutare se la riforma dell'art. 59 c.p. abbia opportunamente escluso il coinvolgimento dell'art. 60 c.p. La differenza di disciplina quanto alle aggravanti fra l'art.60/1 e l'art.59/2 c.p., è oggi infatti strutturata come inapplicabilità in ogni caso di certe aggravanti in caso di errore sull'offeso, in luogo della loro applicazione soltanto se conosciute o conoscibili. Va tuttavia rilevato che, mentre il coefficiente della conoscenza effettiva è di per sé antitetico e quindi incompatibile con l'errore sulle caratteristiche dell'effettivo offeso in caso di scambio di persona o di *aberratio*, anche quello della conoscenza potenziale sembrerebbe in concreto da escludere presso che in ogni caso dovendo essere altrimenti ricollegato all'ipotesi, piuttosto peregrina, un'eventuale natura colposa dello scambio di persona o dell' *aberratio ictus* ⁽³⁷⁾ che faccia rimanere evitabile l'errore o l'ignoranza dell'aggravante.

Attraverso l'introduzione della regola dell'imputazione colpevole delle aggravanti, l'art. 60/1 c.p. perde dunque larghissima parte della sua importanza, rimane nell'ordinamento come una sorta di relitto ⁽³⁸⁾. I nuovi coefficienti sarebbero in grado di garantire le esigenze di colpevolezza anche nei casi

³⁷ Se si ritiene disciplinato direttamente dall'art. 60 c.p. il caso dell'*error in qualitate* si concluderà che, in tale ipotesi continuano a non applicarsi le aggravanti previste dal primo comma dovute ad errore o ignoranza determinati da colpa.

³⁸ I progetti di riforma che introducevano il coefficiente della conoscenza delle circostanze (nota 3, cap. 1) prevedevano l'eliminazione dell'attuale contenuto dell'art. 60 c.p., confermando peraltro la regola dell'imputazione obiettiva delle circostanze concernenti l'età e le altre condizioni fisiche o psichiche della persona offesa.

disciplinati dall'art. 60/1 c.p., stante la pressoché impossibile configurazione della conoscibilità. Nella sostanza viene dunque meno la funzione della norma che, nel sistema originario del codice, era quella di arginare un'imputazione obiettiva di certi elementi aggravatori che si sarebbe presentata altrimenti particolarmente rigorosa.

Il secondo comma dell'art. 60 c.p. mantiene invece un effettivo spazio nell'ordinamento riconoscendo un'anomala rilevanza del putativo. Tale ipotesi, nello Schema di legge delega, va ad inserirsi nella più organica applicabilità delle circostanze attenuanti supposte per errore non dovuto a colpa (art. 23).⁽³⁹⁾

Va infine rilevato che l'ultimo comma dell'art. 60 c.p. richiede, anche nel caso di "scambio" di persona (che la norma disciplina nel suo complesso) la conoscibilità dell'età e delle altre condizioni o qualità fisiche o psichiche della persona offesa equiparando tale situazione all'*error in qualitate* rientrante nell'art. 59 c.p. In tali casi dunque l'art. 60/3 c.p. riconduce l'errore sull'offeso alla regola generale. Vertendosi in materia di errore, che come tale esclude la conoscenza, tale coefficiente è del tutto incompatibile se non sopravviene nell'*iter criminis*⁽⁴⁰⁾ mentre la conoscibilità appare compatibile sia con l'errore-motivo dovuto ad uno scambio di persona nella fase rappresentativa, sia in caso di *aberratio delicti*⁽⁴¹⁾.

³⁹ Cfr.: *La riforma*, cit. c. 23.

⁴⁰ Es.: Ratto a fine di libidine con scambio di persona che fa presente di essere coniugata solo dopo che è trattenuta contro la sua volontà, (art.523/2 c.p.).

⁴¹ Es.: Ratto a fine di matrimonio a mezzo di esecutori materiali che si dirigono verso persona diversa dalla vittima e che, contrariamente a que-

7. Sull'applicabilità delle circostanze nel delitto tentato la dottrina contrappone opposte ed articolate soluzioni. Occorre dunque definire brevemente i termini del problema ⁽⁴²⁾

segnalando che lo stesso ruota attorno ad un dato essenziale.

Si tratta di valutare se l'effetto di estensione della tipicità operato dal tentativo con gli "atti idonei diretti in modo non equivoco" (art. 56 c.p.) si estenda anche alle circostanze e, in caso positivo, se debba limitarsi alle circostanze già interamente realizzate allorché si interrompe l'*iter criminis* o se debba abbracciare anche quelle che, pur non ancora esistenti al momento dell'interruzione dell'attività criminosa, sarebbero tuttavia venute ad esistenza "in modo non equivoco" con la consumazione.

Sotto il profilo terminologico va ricordato che, come è noto, la dottrina distingue fra *delitto tentato circostanziato* (o tentativo circostanziato) allorché si fa riferimento a circostanze già esistenti al momento dell'interruzione dell'*iter criminis*, e *delitto circostanziato tentato* (o tentativo di delitto circostan-

st'ultima è minore, ma la cui giovanissima età era facilmente riconoscibile (art. 522/2 c.p.).

⁴² Si vedano: BOSCARELLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Sc. pos.*, 1962, p. 662 ss.; CALABRIA, *Considerazioni sul "delitto tentato circostanziato", "circostanziato tentato", "circostanziato tentato circostanziato"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1354 ss.; DASSANO, *In tema di circostanze e tentativo*, in *Giur.it.*, 1977, II, c. 557 ss. in nota a Cass. 5.7.76; DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 569 ss.; MARINI, *Circostanze del reato*, cit., p. 149 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 452 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 348 s.; GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p.773 ss.

ziato) ⁽⁴³⁾ in relazione alle circostanze non ancora esistenti. Ovviamente un delitto può essere allo stesso tempo un tentativo circostanziato per alcune circostanze già realizzate e un tentativo di delitto circostanziato rispetto ad altre alla cui realizzazione gli atti del reo erano diretti ⁽⁴⁴⁾.

Il problema della possibilità che le circostanze accedano non solo al reato consumato ma anche al tentativo si risolve basando si sul rilievo che la funzione estensiva della tipicità propria del tentativo appare, nella formulazione dell'art. 56 c.p. come "globale" e quindi l'opposta soluzione del necessario carattere "semplice" del delitto tentato dovrebbe far ricorso a dati testuali inoppugnabili che non solo non esistono, ma sono smentiti nello stesso art. 56 c.p. che prevede un'ipotesi di circostanza attenuante, il recesso attivo, che può accedere soltanto al delitto tentato.

Tale ricostruzione trova poi conferma sul piano della valutazione sostanziale, poiché il disvalore del fatto è ripartito fra ipotesi semplice e circostanze e non avrebbe quindi senso, in caso di tentativo, far pesare sul reo solo parte di tale disvalore.

In relazione alle circostanze non ancora realizzate ma rientranti nell'ambito delineato dagli atti idonei diretti in modo non equivoco, si pone un problema interpretativo autonomo rispetto a quello ordinario di applicazione delle circostanze. Il problema dell'ammissibilità del delitto circostanziato tentato riguarda, ovviamente, sia le aggravanti che le attenuanti.

⁴³ Denominato anche tentativo di delitto circostanziato.

⁴⁴ Cfr.: CALABRIA, *Considerazioni sul delitto "tentato circostanziato"*, cit., p. 1387.

Va sottolineato che l'argomento, pur ricorrente in dottrina, a sempre sofferto di una sorta di difetto di adattabilità al sistema per una specifica ragione connessa proprio alla precedente disciplina dell'imputazione di circostanza (art. 59/1 c.p.). Come ci si poteva appellare -si sosteneva⁽⁴⁵⁾- alla disciplina del tentativo che richiede il dolo per applicare circostanze per le quali l'ordinamento è indifferente alla colpevolezza ?

Nell'ammettere il delitto circostanziato la dottrina offriva una costruzione dogmatica di estremo rigore ma non ci pare giungesse a risultati altrettanto sicuri sull'elemento soggettivo richiesto, lasciando la soluzione del problema in bilico fra un dolo che avrebbe dovuto coprire le circostanze nel tentativo (di cui non si sarebbe potuto giustificare a pieno il fondamento) e un'imputazione obiettiva di tutte le circostanze che sarebbero state esistenti qualora il delitto fosse giunto a consumazione. In quest'ultimo caso si tralasciava però di dare una collocazione soddisfacente all'espressione "atti ... diretti in modo non equivoco" che è costitutiva dell'ipotesi tentata e che, secondo l'interpretazione prevalente ricomprende, oltre alla direzione obiettiva degli atti, anche una direzione della volontà diretta ad un certo risultato. Con la conseguenza che tale volontà dovrebbe a rigore essere incompatibile non solo con atteggiamenti soggettivi potenziali (e a maggior ragione con l'imputazione obiettiva) ma perfino con il dolo eventuale.

Chi accede alla soluzione dell'inammissibile imputazione di circostanze non ancora esistenti invoca come argomento un difetto di tipicità. La mancanza di ogni indicazione nell'art. 56 c.p. troverebbe un ostacolo invalicabile nella natura non costitutiva delle circostanze o, quanto meno, nelle

⁴⁵ Si veda, sul punto: MARINI, *Le circostanze*, cit., p. 152.

circostanze speciali per le quali non vi è alcun richiamo equiparabile a quello della prima parte degli artt. 61 e 62 c.p.

A tale impostazione si obietta che la circostanza si accompagna al delitto e concorre a determinarne la gravità in forza di elementi tendenzialmente tipizzati di cui il legislatore apprezza la maggiore o minore gravità attraverso modalità tecniche che ricomprendono non solo la determinazione fra il minimo e il massimo, ma anche le circostanze. Il tentativo non può che essere punito con un quadro edittale che tenga conto di tutti gli elementi che l'*iter criminis* avrebbe coinvolto, ivi compresi quelli circostanziali, ove il delitto stesso fosse giunto a consumazione. I quadri edittali risentono infatti fortemente di peculiarità che l'ordinamento ha inserito nel contesto delle circostanze e non solo degli elementi costitutivi.

Si pensi, in particolare, a tutte le circostanze che risentono fortemente dell'agire finalistico del reo. Un tentativo di furto con strappo (art. 624, 625 n. 4 c.p.) in cui il reo non è riuscito a realizzare l'azione "strappando la cosa di dosso alla persona" verrebbe punito a titolo di furto semplice omettendo completamente il peso sanzionatorio di un elemento circostanziale che caratterizza fortemente una specifica articolazione del bene.

La soluzione dell'ammissibilità del delitto circostanziato tentato, si afferma in dottrina, risponderebbe, oltre che a validissime ragioni interpretative, anche a ragioni di tipo sostanziale connesse innanzitutto all'equilibrio tra fatto commesso e sanzione comminata, ma anche ai principi di offensività e di colpevolezza, nonché all'esigenza equitativa di individualizzazione dell'illecito espressa dalle circostanze ⁽⁴⁶⁾.

⁴⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 452 s.

La dottrina meno recente cercava di trovare soluzione al nostro problema operando una distinzione fra circostanze comuni e speciali. Le prime, si sosteneva, per la loro collocazione nel codice e per il loro contenuto oggettivo e -si aggiungeva- soggettivo sarebbero in grado di essere applicabili anche al tentativo ove non realizzate o non pienamente realizzate. Le seconde -si affermava- poiché più legate alla consumazione del singolo reato non sarebbero mai applicabili al tentativo ⁽⁴⁷⁾. La distinzione, da tempo abbandonata, soffre del limite di generalizzare caratteristiche tendenziali delle circostanze comuni e speciali, contrapponendo le une alle altre. In realtà, l'impossibilità di costruire una spaccatura così netta delle caratteristiche suddividendole fra i due gruppi, impedisce di dimostrare l'assunto e quindi di procedere per questa strada.

Occorre a questo punto precisare, dal punto di vista contentutistico, quali circostanze fra quelle non ancora realizzate siano compatibili con il delitto tentato.

La disciplina del delitto circostanziato tentato riguarderà non solo i risultati della condotta e le circostanze estrinseche che si collocano nel post fatto, ma anche le circostanze che, nel tentativo incompiuto, concernono la parte non realizzata della condotta e l'oggetto materiale non attinto dall'azione. Quanto alla parte non realizzata della condotta si pensi ad un tentativo di furto con strappo (art. 625 n.4 c.p.) nel quale la parte lesa si disfi della cosa quando il reo, a pochi centimetri da lei, ha già iniziato l'esecuzione dell'azione furtiva. Quanto all'oggetto materiale non ancora attinto dall'azione si pensi al tentativo di incendio su di un deposito di infiamma-

⁴⁷ Si veda al riguardo: FROSALI, *Sistema del diritto penale italiano*, cit., vol. I, p. 617 ss.

bili (art. 425 n.4 c.p.) nel quale la miccia viene spenta dall'intervento di una guardia giurata prima che il fuoco giunga al deposito.

Ci pare che la nuova norma sull'imputazione delle aggravanti consenta definitivamente di dimostrare l'*ammissibilità del delitto circostanziato tentato*.

Emerge la necessità di un'ulteriore considerazione. Ci pare che l'interpretazione dell'art. 59/1 c.p. nel testo abrogato avesse spesso sopravvalutato la portata dell'argomento secondo il quale le circostanze si applicano "se obiettivamente esistenti". Una parte degli autori infatti faceva discendere dall'*applicazione obiettiva* delle circostanze "anche se non conosciute" che è problema di imputazione una regola di *rilevanza obiettiva* che sarebbe problema di necessaria esistenza del sostrato materiale della circostanza che non appare ricavabile da alcuna norma e di cui sfugge l'eventuale fondamento.

La vecchia espressione "anche se da lui non conosciute ecc.." non può essere elevata alla stregua di norma che descrive una caratteristica intrinseca imprescindibile delle circostanze, condizione perché le stesse abbiano rilievo, in grado addirittura di rappresentare un limite alla funzione di estensione della tipicità propria del tentativo.

La "obiettiva esistenza" della circostanza non è dunque un requisito strutturale necessario del tentativo circostanziato. Tale elemento rappresenta, più semplicemente, un criterio di imputazione modellato, *come tutti gli istituti della parte generale del codice*, sul *reato consumato*, in quanto la funzione estensiva della tipicità è affidata globalmente all'art. 56 c.p.

Che la funzione dell'art. 59/1 c.p. nel testo abrogato fosse da contenere nell'ambito rigoroso dell'indifferenza per la presenza di coefficienti soggettivi, appare confermato dalle

espressioni letterali usate. Non si parlava infatti di applicazione "per la loro obiettiva esistenza" ma di applicazione "anche se non conosciute, ecc.". Il testo della norma non autorizzava dunque in alcun modo ad utilizzarne il contenuto come "barriera" per impedire al delitto tentato di estendersi alle circostanze non ancora venute ad esistenza.

La nuova formulazione del primo e del secondo comma dell'art. 59 c.p. ci consentono di proporre una soluzione molto più agevole, in grado di riprendere e sviluppare gli argomenti che la dottrina ha posto da tempo a sostegno dell'ammissibilità del delitto circostanziato tentato. Mentre deve restare punto fermo l'applicabilità delle attenuanti per il solo fatto che sarebbero venute ad esistenza col reato consumato, per le aggravanti va approfondito ulteriormente il legame circostanza-tentativo.

Sono note le cadenze argomentative della dottrina che sostiene che l'espressione "atti .. diretti in modo non equivoco" contenuta nell'art. 56 c.p. assuma una funzione limitativa dei coefficienti soggettivi compatibili col tentativo ⁽⁴⁸⁾. Solo il dolo diretto potrebbe, in particolare, coesistere con questa forma di manifestazione del reato.

Mentre l'oggetto del dolo nel reato consumato è rappresentato dalla volontà o dall'accettazione della realizzazione di tutti gli elementi della fattispecie, cui vanno esclusivamente sottratti quelli la cui rilevanza è espressamente esclusa ai fini di una imputazione a titolo di dolo, nel tentativo invece la vo-

⁴⁸ Si vedano, sul punto: GALLO M., *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 796; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 438 s. Per quanto concerne la giurisprudenza, ormai prevalentemente orientata nel senso dell'incompatibilità fra dolo eventuale e tentativo si veda, da ultimo: Cass. 18 giugno 1990, in *Giust. pen.*, 1991, c. 238, m. 252.

lizzazione ha un oggetto più ridotto, poiché la volontà rileva soltanto in relazione a quanto è effettivamente voluto come risultato del proprio agire. L'accezione del termine volontà diviene dunque assai restrittiva sino a corrispondere ad un dato psicologico univoco nella direzione.

Sulla base di tali premesse si tratta di valutare a quali conseguenze porti la delimitazione del campo dovuta all'univocità degli atti richiesta per il tentativo, in ordine alla quale viene conseguentemente messa in discussione l'affermazione secondo la quale esso ammette tutte le forme del dolo.

L'autonomia del delitto tentato rispetto a quello consumato impone dunque di definire i coefficienti di colpevolezza suoi propri sulla base dei principi generali, nonché della delimitazione dovuta all'art.56 c.p.

Fino a quando il soggetto si muove nell'ambito dell'agire finalistico, tutti gli atti diretti ad un certo risultato restano nel quadro del dolo diretto. Quanto invece fuoriesce da questa direzione della volontà o della previsione che certamente il delitto si verificherà, evidenzia che il reo non prevede i propri atti come rivolti univocamente alla commissione del delitto.

Va inoltre rilevato che quanto non attiene al dolo diretto o intenzionale è privo di quella che, secondo parte autorevole della dottrina, costituisce la necessaria rappresentazione della direzione inequivoca degli atti verso la commissione del delitto.

Da quanto sopra affermato si evidenzia che, come il dolo eventuale è incompatibile con il tentativo, così la mancata prefigurazione dell'aggravante rende inapplicabile quest'ultima che è dunque incompatibile col delitto circostanziato tentato.

Le circostanze sono imputabili solo se sorrette da un coefficiente di colpevolezza e pertanto il paradigma dell'art. 56 c.p., compatibile solo col dolo diretto, determina un'operazione selettiva fra tali coefficienti in funzione della direzione univoca della volontà. L'aspetto della costruzione che appariva problematico prima della riforma del 1990 e che portava ad effettuare una difficile selezione fra coefficienti per la cui presenza o assenza l'ordinamento si mostrava altrimenti indifferente, ora non esiste più.

La funzione selettiva della direzione inequivoca degli atti può ora svolgersi in maniera completa fra coefficienti tipici previsti dall'ordinamento.

Consegue dunque, in breve, che il delitto tentato circostanziato (aggravato) sarà ammissibile allorché gli atti compiuti dal reo erano, anche soggettivamente, diretti in modo non equivoco a porre in essere, oltre al delitto, anche la circostanza aggravante che non sia stata ancora realizzata o che sia stata parzialmente realizzata.

Il tentativo sarà dunque compatibile con le aggravanti che si erano presentate in maniera alla mente del reo, con effettiva conoscenza anticipata (prefigurazione), con esclusione quindi sia delle situazioni assimilabili al dolo eventuale che delle situazioni "colpose" conoscibili.

Con riferimento ai coefficienti potenziali della mancata conoscenza colposa, deve inoltre rilevarsi come si manifesti anche incompatibilità logica in rapporto alla configurazione di un coefficiente soggettivo in grado di assicurare il rimprovero per le circostanze non ancora realizzate. Come è noto, infatti, l'ordinamento subordina gli addebiti di tipo potenziale alla presenza di un'effettiva lesione "materializzata" che il reo avrebbe potuto essere in grado di poter conoscere attraverso uno sforzo di attenzione che si poteva pretendere dal sogget-

to. Può allora affermarsi che la presenza di un addebito a titolo di conoscibilità di quanto non è giunto mai ad esistenza, oltre a porsi in contrasto con la norma che disciplina i limiti del tentativo, rappresenterebbe anche un sacrificio a livello di libertà personale che rischierebbe di appuntarsi in maniera eccessiva su un disvalore soggettivo che non ha inciso a livello esteriore né come condotta, né come evento, che si porrebbe pertanto in contrasto col principio di materialità.

Va infine rilevato che, per quanto concerne le attenuanti, il principio della loro rilevanza obiettiva in quanto espressione di minor disvalore, al quale l'ordinamento deve essere comunque sensibile, deve manifestarsi a livello di tentativo sulla base del mero sviluppo causale ipotetico che l'azione avrebbe avuto. Se la pena per il reato consumato, in relazione ai beni offesi e al disvalore effettivamente rappresentato, avrebbe comportato il rilievo di certe attenuanti, allo stesso modo ed a fortiori le stesse attenuanti devono trovare applicazione nel caso in cui il delitto non sia giunto a consumazione.

Conseguentemente è condivisibile l'opinione secondo la quale eventuali attenuanti che apparentemente esistono per il sol fatto che il reato non è stato consumato, ma che non sarebbero esistite in caso di consumazione (es. art. 62 n. 4 c.p., danno di speciale tenuità) non possono trovare applicazione⁽⁴⁹⁾.

⁴⁹ Si veda sul punto: PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 348 e, in giurisprudenza, da ultimo, Cass. 9 luglio 1990 in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 238, m. 251. Per quanto concerne il riferimento, ai fini dell'attenuante della riparazione del danno, "al valore della cosa che l'agente intendeva sottrarre", cfr.: Cass., 20 ottobre 1988, in *Cass. pen.*, 1991, p. 549, m. 473.

