

QUESTIONI APERTE

Circostanze del reato – Favoreggiamento dell’immigrazione clandestina

La decisione

Circostanze del reato – Favoreggiamento – Immigrazione clandestina – Reato di pericolo (d.lgs. n. 286 del 1998, art. 12, co. 3).

«Le fattispecie previste nell’art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo».

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 24 settembre 2018 (ud. 21 giugno 2018), CARCANO, *Presidente* – ROCCHI, *Relatore* – *Mizanur, ricorrente*.

Qualche spunto di riflessione sulla distinzione tra circostanza e titolo autonomo di reato dopo le sezioni unite in materia di immigrazione clandestina.

Con una recente sentenza¹, le Sezioni unite penali della Corte di cassazione hanno qualificato la fattispecie di cui all’art. 12 co. 3 d.lgs. 286/1998 come circostanza aggravante del delitto di cui al co. 1 del medesimo articolo.

Come noto, il co. 3 della richiamata disposizione si caratterizza per l’impiego di una peculiare tecnica normativa di descrizione della fattispecie. Infatti, il Legislatore, anziché seguire il modello del rinvio *per relationem*, ha descritto la condotta vietata in perfetta aderenza agli estremi del delitto di cui al co.1, con l’aggiunta di elementi specializzanti.

Per la singolare formulazione legislativa è sorto il dubbio sulla natura autonoma o circostanziale della fattispecie, tanto che si sono sviluppati opposti orientamenti nella giurisprudenza di legittimità. Alla luce dell’estrema importanza della distinzione, per la diversa disciplina sostanziale e processuale applicabile, la questione era stata rimessa alle Sezioni unite della Corte di cassazione².

La decisione della Suprema Corte ha riproposto la delicata, quanto spinosa, questione della distinzione tra elementi circostanziali e costitutivi di un autonomo reato, su cui svolgeremo di seguito qualche riflessione.

About the difference between the circumstances of the crime and the autonomous crime after the high court decision in matter of illegal immigration.

In a recent decision the High Court qualified the aiding and abetting illegal immigration, described in art. 12 paragraph 3 d.lgs. 286/1998 as *an aggravating circumstance of the crime described on paragraph 1 of the same article.*

The third paragraph of that article is characterized by the use of a particular normative formulation. The Legislator described the illegal conduct starting from the crime content in paragraph 1 and adding some special elements instead of using the descriptive technique “per relationem”.

¹ Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di SAVIO, *La sentenza delle sezioni unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall’art. 12 co. 3 del t.u. immigrazione*.

² Cass., Sez. I, 15 marzo 2018, in www.giurisprudenzapenale.com.

Because of the particular normative formulation a doubt has been raised on whether the third paragraph describes a circumstance or an autonomous crime so that opposite jurisprudential guidelines have developed around the issue. Considering the high importance of the difference, because of the different discipline that could be enforced, the High Court was asked to make a decision.

The decision of the High Court proposed again the problem of the difference between the circumstances of the crime and the autonomous crime that will be analyzed in this paper.

SOMMARIO: 1. 1. La valutazione delle Sezioni unite - 2. L'*escamotage* ermeneutico della Corte e la non condivisibile qualificazione della fattispecie - 3. Esigenze e prospettive di riforma.

1. La valutazione delle Sezioni unite. Le Sezioni unite nella sentenza in commento hanno qualificato come circostanziale la fattispecie di cui al co. 3, avvalorando la tesi già sostenuta nella Sentenza Yankura³.

Muovendo dal presupposto che non esiste alcuna differenza ontologica tra elementi costitutivi, od essenziali, ed elementi circostanziali del reato, così come risulta con evidenza dal disposto degli artt. 61, 62, e 84 c.p.⁴, è stato ribadito il principio per cui, in assenza di indicazioni legislative espresse, la soluzione del dubbio sulla natura giuridica di una fattispecie dipenda esclusivamente dalla ricostruzione della volontà legislativa.

Infatti, il legislatore, nel tentare di articolare la valutazione penale di determinate condotte in maniera più aderente alle loro concrete manifestazioni, può rendere elementi costitutivi del reato ipotesi che, altrimenti, sarebbero considerate circostanze comuni ovvero qualificare fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato come circostanze aggravanti di un solo reato.

Tuttavia, in mancanza di una manifesta espressione di volontà di introdurre circostanze o reati autonomi, occorre riferirsi ai criteri discretivi elaborati da dottrina e giurisprudenza.

La valutazione delle Sezioni unite muove anzitutto dall'applicazione del criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., in virtù della considerazione che gli elementi circostanziali si pongono in rapporto di *species a genus* al cospetto della fattispecie base del reato, costituendone una specificazione. Tuttavia, il criterio di specialità è il presupposto della questione sulla natura circostanziale o costitutiva di un dato elemento, non già criterio discretivo, operando in negativo: solo qualora non risulti integrato il rapporto di specialità potrà con certezza sostenersi la natura autonoma della fattispecie, altrimenti si dovranno applicare i criteri elaborati da dottrina e giurisprudenza.

³ Cass. Sez. I, 29 novembre 2016, n. 14654, in *Mass. Uff.*, n. 269538.

⁴ Gli artt. 61 e 62 c.p. nel delineare i cataloghi delle circostanze aggravanti ed attenuanti prevedono che queste aggravino e, rispettivamente, attenuino il reato quando non ne siano elementi costitutivi. Inoltre, l'art. 84 c.p. prevede la possibilità che uno stesso materiale di fatto possa essere valutato dalla legge, ora come elemento costitutivo, ora come circostanza, nello schema del reato complesso.

Nel caso in esame la Corte ha ritenuto di poter risolvere la questione sulla qualificazione giuridica della fattispecie di cui al co. 3 dell'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 servendosi del c.d. criterio strutturale. Tale parametro, afferente alla struttura del precepto o della sanzione, negli anni è stato adottato dalla giurisprudenza di legittimità come preminente criterio di distinzione degli elementi circostanziali da quelli costitutivi: il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena sarebbe indicativo della volontà di qualificarli come circostanza o come reato autonomo.

Nella pronuncia in esame si è fatto riferimento ad alcuni precedenti della giurisprudenza di legittimità ove tale criterio è stato impiegato per definire la natura giuridica di una fattispecie dubbia.

In particolare, è stata richiamata la sentenza Fedi⁵ ove la fattispecie di cui all'art. 640-bis c.p. è stata qualificata come circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p., sostenendo che la descrizione della fattispecie non immutò gli elementi essenziali del delitto di truffa, né quelli materiali né quelli psicologici, introducendo soltanto un oggetto materiale specifico della condotta base. Inoltre, si è fatto riferimento all'applicazione del medesimo criterio nella sentenza Casani⁶ per stabilire che la fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico protetto commesso dal pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione od al servizio costituisca una circostanza aggravante del delitto previsto dal co. 1 dell'art. 615-ter c.p.

Le Sezioni unite hanno ritenuto di poter efficacemente definire la natura giuridica del co. 3 dell'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 mediante l'impiego del criterio strutturale, avendo constatato che, a seguito della ripetizione della descrizione della condotta presente nel co. 1, gli elementi essenziali della fattispecie non risulterebbero mutati, mentre le ipotesi descritte dalle lettere da A) ad E) riguarderebbero elementi ulteriori e non necessari per la sussistenza del reato e che, secondo la valutazione del legislatore, aggraverebbero la condotta.

La Corte, al fine di avvalorare la tesi sulla natura circostanziale della fattispecie di cui al co. 3 dell'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998, ha peraltro confutato le argomentazioni poste a sostegno dell'opposto orientamento giurisprudenziale, riferibile alle sentenze Scarano⁷ e Bouslim⁸ e recante l'affermazione della natura autonoma della fattispecie considerata.

Sembra alle Sezioni unite che la tecnica legislativa impiegata ottenga il medesimo risultato che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*, non potendo di conseguenza costituire un indizio inequivoco della volontà del legislatore di creare una diversa fattispecie criminosa. Inoltre, la mancata estensione del divieto di bilanciamento del-

⁵ Cass., Sez. un. 26 giugno 2002, n. 26351, in *Mass. Uff.*, n. 221663.

⁶ Cass., Sez. un. 27 ottobre 2011, n. 4694, in *Foro it.*, 2012, II, 374.

⁷ Cass. Sez. I, 25 marzo 2014, n. 40624, in *Cass. pen.*, 2015, 1572.

⁸ Cass. Sez. I, 31 marzo 2017 n. 45734, in *Mass. Uff.*, n. 271127.

le circostanze di cui al co. 3-*quater* alle ipotesi del terzo comma non viene considerata come indice della sua natura di fattispecie autonoma di reato, potendo essere la conseguenza di una ragionata scelta del legislatore di sanzionare più severamente determinate ipotesi rispetto ad altre.

Ancora, si sostiene che il riferimento distinto ai “fatti di cui ai commi 1 e 3” contenuto nel co. 3-*ter* non dimostri la natura di fattispecie autonoma dei due commi, ben potendosi applicare ai fatti di cui al primo comma così come aggravati ai sensi del terzo comma. Infine, si evidenzia come la tecnica della descrizione di aggravanti di aggravanti, riscontrabile nei co. 3-*bis* e 3-*ter*, non sia affatto inusuale nella variegata produzione legislativa.

2.L’escamotage ermeneutico della Corte e la non divisibile qualificazione della fattispecie. Nella sentenza in commento la questione sulla natura giuridica della fattispecie di cui al co.3 d.lgs 286/1998 è stata risolta in modo apparentemente conforme ai precedenti giurisprudenziali della medesima Corte.

Il passaggio decisivo delle argomentazioni delle Sezioni unite deve individuarsi nella valutazione della tecnica legislativa impiegata per la descrizione della fattispecie. Pur rilevandosi la singolarità della tecnica normativa, consistente nel riprodurre integralmente la condotta presente nel primo comma, si ritiene che il legislatore abbia ottenuto il medesimo risultato che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*, risultando immutati gli elementi essenziali della fattispecie.

Dunque, se la questione sulla natura giuridica della fattispecie di cui al co. 3 dell’art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 è stata risolta conformemente alla prevalente giurisprudenza di legittimità, tuttavia lo si è fatto attraverso un *escamotage* ermeneutico che non può passare inosservato.

Infatti, desta qualche perplessità l’applicazione fatta del criterio strutturale al caso in esame, stante l’assoluta difformità della tecnica legislativa di descrizione del co. 3 dell’art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 rispetto a quelle adottate dal legislatore per la descrizione delle fattispecie oggetto delle pronunce richiamate.

Infatti, nel caso dell’art. 640-*bis* c.p. le Sezioni unite hanno qualificato la fattispecie come circostanza aggravante del delitto di truffa di cui all’art. 640 c.p. in ragione dell’espresso rinvio contenuto nella fattispecie dubbia a “...il fatto di cui all’articolo 640...”. Ancora, nel caso dell’art. 615-*ter* c.p. al co. 2 si prevede che la pena sia della reclusione da uno a cinque anni: se il “fatto” è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione od al servizio. L’espresso riferimento al “fatto” ha condotto in tal caso le Sezioni unite a qualificare la fattispecie di cui al co. 2 n.1 dell’art. 615-*ter* c.p. come circostanza aggravante del delitto di cui al co.1 del medesimo articolo.

Diversamente, al co. 3 dell’art. 12 d.lgs. 286 del 1998 il legislatore ha impiegato una tecnica normativa difforme, avendo totalmente ridescritto la condotta.

Il criterio strutturale, che si basa sulla diversità delle tecniche impiegate per la formulazione dei reati autonomi e delle ipotesi circostanziali, è un parametro di carattere formale. Al contrario, sembra che le Sezioni unite lo abbiano applicato in senso sostanziale, ritenendo che la difforme tecnica impiegata abbia comunque prodotto gli stessi effetti di un rinvio *per relationem*.

Quindi, se nei richiamati precedenti giurisprudenziali il criterio strutturale è stato impiegato per qualificare come circostanziali delle fattispecie che si fondano su un rinvio esplicito al reato-base, nella vicenda in esame il medesimo parametro è stato utilizzato per qualificare come circostanziale la fattispecie di cui al co. 3 dell'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998, nonostante l'integrale ridescrizione del fatto, che, invece, dovrebbe essere sintomo della natura autonoma.

Infatti, parte della dottrina⁹, muovendo dal criterio strutturale e conducendo un ragionamento *a contrario*, sostiene che l'intera ridescrizione del fatto, senza alcun rinvio al reato-base, deporrebbe a favore di una qualificazione in termini di reato autonomo. «La compiuta ed esaustiva ridescrizione della fattispecie tipica assumerebbe una rilevante efficacia, in quanto capace di resistere ad una verifica infrasistemica, non conoscendo il nostro ordinamento ipotesi circostanziali caratterizzate da un'autonoma tipizzazione del fatto¹⁰».

Ulteriori perplessità derivano dall'essenza della relazione strutturale, in virtù della quale, venuta meno la disposizione incriminatrice principale, perderebbe ogni concreta possibilità di applicazione anche la disposizione circostanziale nella quale viene descritto l'elemento specializzante¹¹. Di conseguenza, si dovrebbe qualificare come meramente circostanziale quell'elemento che, qualora si eliminasse il reato con il quale è posto in correlazione, verrebbe automaticamente privato di ogni concreta possibilità di applicazione e/o non consentirebbe più di giungere alla ricostruzione della fattispecie complessiva originariamente delineata¹².

Tuttavia, nel caso in esame non si rinviene la caratteristica relazione strutturale: la fattispecie di cui al co. 3 dell'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 sembra splendere di luce propria, considerato che, qualora si eliminasse mentalmente l'ipotesi del reato-base di cui al co. 1 del medesimo articolo, non ne verrebbe pregiudicata la possibilità di autonoma applicazione.

Nell'affrontare la tematica relativa ai criteri di distinzione tra elementi circostanziali ed elementi costitutivi di un autonomo reato, rilevata l'esistenza di due categorie di parametri, l'una formale e l'altra sostanziale, occorre tenere ben presente il fatto che possano esservi dei casi irrimediabilmente dubbi: «talvolta la partita tra qualificazione

⁹ CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *questa Rivista*, 1974, 378; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 519.

¹⁰ BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2017, 37.

¹¹ BORGOGNO, *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, in *Giur. it.*, 2004, 379.

¹² MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 374.

in termini di circostanza e di reato autonomo finisce in “pareggio”, allorché i criteri forti rimangono fuori gioco fin dall’inizio, mentre i criteri deboli si schierano taluni a favore della prima, talaltri a favore della seconda qualificazione¹³».

Sembra che in relazione alla natura giuridica della fattispecie di cui al co. 3 dell’art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 non possano individuarsi criteri decisivi e preponderanti che conducano con certezza ad affermarne la natura autonoma o circostanziale. Invece, ciò che emerge con evidenza, è l’applicazione creativa del criterio strutturale, impiegato come strumento risolutorio dello stallo ermeneutico.

Tuttavia, applicando in senso formale il richiamato criterio si dovrebbe sostenere la natura autonoma della fattispecie considerata, sia per l’integrale ridescrizione del fatto sia per la possibilità di applicazione autonoma nelle ipotesi di eliminazione mentale della fattispecie di cui al co. 1. Inoltre, sembra che con la consistente ridefinizione della cornice edittale il legislatore abbia voluto esprimere un nuovo e maggior disvalore del fatto, con la conseguente introduzione di un autonomo reato. Ancora, a sostegno della autonomia della fattispecie può richiamarsi il disposto del co. 3-ter del medesimo articolo, ove si fa espresso riferimento ai fatti di cui ai co. 1 e 3.

Diversamente, militano nel senso della natura circostanziale la collocazione topografica nel medesimo articolo disciplinante l’ipotesi base ed il criterio sostanziale, in virtù della supposta e non condivisa identità del bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui al co. 1 e di cui al co. 3.

Nei casi in cui manchi una qualificazione legislativa espressa della fattispecie ed il ricorso ai criteri discretivi elaborati da dottrina e giurisprudenza non fornisca un risultato univoco, come accade nel caso di specie, occorre individuare un parametro generale che consenta di superare la situazione di stallo: perciò «si deve procedere all’attribuzione di una sorta di onere della prova, chiarendo se i due termini dell’opzione ermeneutica siano assolutamente equivalenti, o se a favore di uno di essi militi un criterio preferenziale che, in caso di dubbio o di incertezza interpretativa, debba far propendere per l’uno anziché per l’altro¹⁴».

A tal proposito merita di essere criticato il principio di *favor rei*, richiamato dalle Sezioni unite per sostenere la qualificazione della fattispecie in termini circostanziali, in modo da consentire all’imputato di godere dei benèfici effetti del giudizio di bilanciamento fra circostanze.

Tuttavia, non sembra possibile elevare il *favor rei* a canone di interpretazione della legge penale: si tratta di un principio di accertamento del fatto addebitato all’imputato, che regola soltanto l’applicazione della legge al caso concreto¹⁵. Inoltre, non sempre la qualificazione in termini di circostanza è più favorevole al reo: da un lato il criterio di imputazione soggettiva limitato al dolo, salvo espresse eccezioni, per

¹³ BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall’intervento delle sezioni unite sui “criteri di distinzione”*, in *Studi in onore di F. Coppi*, 38.

¹⁴ PADOVANI, *Digesto, discipline penalistiche*, Torino, 1988, Vol. II, IV ed.

¹⁵ BASILE, *op. cit.*, 35; GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988, 69.

quanto attiene agli elementi costitutivi, si allarga a ricomprendere, con riferimento alle circostanze, anche le ipotesi di errore od ignoranza colposa; dall'altro lato, l'assoggettabilità al giudizio di bilanciamento è un vantaggio per il reo solo se l'elemento in questione aggrava la pena, ma non nel caso in cui si tratti di un'attenuante¹⁶. «Il criterio del *favor rei* esige che risulti sempre di maggior giovamento per il colpevole ritenere che un determinato elemento sia costitutivo o circostanziale; ma non è così: a seconda delle diverse conseguenze giuridiche si dovrà rispondere nell'uno o nell'altro senso dell'alternativa¹⁷».

Invece, si ritiene che i casi ostinatamente dubbi debbano essere risolti attraverso la piena valorizzazione del principio di colpevolezza, in virtù del quale si dovrebbe preferire la qualificazione della fattispecie dubbia in termini di elemento costitutivo¹⁸.

Il criterio in questione è stato elaborato in relazione all'originaria disciplina di imputazione oggettiva delle circostanze, che venivano applicate anche se non conosciute o conoscibili dall'agente. Per questo motivo si riteneva che, nei casi dubbi, si dovesse valorizzare il principio di colpevolezza e qualificare l'elemento come essenziale, assoggettandolo alle regole di imputazione soggettiva previste per il reato agli artt. 42 e 43 c.p.

Nonostante l'intervenuta riforma del regime di imputazione delle circostanze con la L. 7 febbraio 1990, n. 19, permangono delle differenze: infatti, al fine dell'imputazione delle aggravanti, il riformato co. 2 dell'art. 59 c.p. equipara alla conoscenza anche le ipotesi di errore od ignoranza colposa dell'elemento aggravante. Quindi, la scelta a favore della natura autonoma dell'elemento dubbio apre lo statuto più garantista dell'art. 43 c.p., con il conseguente accollo doloso di tutti gli elementi del fatto tipico, valorizzando al massimo grado il principio di colpevolezza.

In *extrema ratio*, qualora i criteri discretivi non risultino utilmente applicabili e la questione appaia irrimediabilmente dubbia, sembra doversi preferire la soluzione dell'autonomia delle fattispecie.

Infatti, «la tecnica della ridefinizione della cornice edittale è sintomo della ridefinizione anche del reato, fondando una sorta di “presunzione” di autonoma incriminazione che può essere vinta solo in presenza di segnali univoci in senso contrario¹⁹. La nuova cornice edittale, esprimendo in astratto un diverso disvalore del reato, può essere ridiscussa nell'ambito del potere commisurativo del giudice e cancellata nel giudizio di bilanciamento solo se ciò è espressamente consentito dal legislatore¹⁹».

Dunque, nei casi in cui sia carente una qualificazione legislativa espressa della fattispecie ed il ricorso ai criteri distintivi elaborati da dottrina e giurisprudenza non conduca ad un risultato univoco, la ridescrizione della fattispecie e la consistente rimodulazione della cornice edittale manifestano la volontà del legislatore di introdurre

¹⁶ BORGOGNO, op. cit., 383.

¹⁷ GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2003, 35. Vol. III, forme di manifestazione del reato.

¹⁸ GUERRINI, op. cit., 36; Marini, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 90.

¹⁹ BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, III ed. in corso di pubblicazione.

autonome ipotesi criminose, dando così piena attuazione al principio di colpevolezza.

Tuttavia, «il ricalcolo della forbice edittale può essere indicativo di un contenuto di disvalore *ad hoc*, esclusivo ed eterogeneo rispetto a quello del tipo di riferimento in presenza di due condizioni: deve essere significativo, comportando una variazione di pena in aumento o diminuzione superiore ad un terzo, ed accompagnarsi al mutamento e/o integrazione del bene giuridico tutelato²⁰».

In relazione al co. 3 dell'art. 12 d.lgs. 286/1998 possono riscontrarsi entrambi i presupposti: infatti la variazione della cornice edittale è molto consistente, giacché si passa dalla pena prevista al co.1 della reclusione da 1 a 5 anni congiunta alla multa pari ad € 15.000 per ogni persona a quella, di cui al co. 3, della reclusione da 5 a 15 anni congiunta alla multa pari ad € 15.000 per ogni persona; inoltre è possibile rilevare come gli elementi che il legislatore ha descritto al co. 3, posti in rapporto di specialità unilaterale per aggiunta rispetto al reato-base di cui al co.1, integrino il bene giuridico tutelato dalla norma penale incriminatrice, poiché di fianco all'ordine ed alla sicurezza pubblica si tutelano anche la vita e l'incolumità fisica delle persone trasportate.

In virtù del criterio solutorio prospettato è possibile sostenere che il co. 3 dell'art. 12 d.lgs. 286/1998 costituisca un autonomo delitto: indizi univoci in tal senso sono la ridescrizione della condotta tipica e la previsione di un'autonoma cornice edittale, con l'espressione di un maggior disvalore rispetto al reato-base, nonché l'integrazione dei beni giuridici tutelati dal reato-base.

3. Esigenze e prospettive di riforma. Le problematiche ermeneutiche sulla distinzione tra circostanze ed autonomi reati confermano l'imprescindibile esigenza di riforma del sistema delle circostanze del reato.

Dall'emanazione del vigente codice nel 1930 si è assistito ad una serie di interventi normativi d'occasione ed a "corrente alternata" sulla disciplina delle circostanze, che ne hanno alterato l'organicità ed hanno mutato l'equilibrio tra legalità e discrezionalità giudiziale.

Nel contesto legislativo contemporaneo emerge la proliferazione delle circostanze aggravanti, che sembra dimostrare come l'impiego che ne fa il legislatore vada ben al di là della finalità di inasprimento sanzionatorio e trovi la principale ragion d'essere in una prospettiva che coinvolge la disciplina di istituti diversi, sia di carattere sostanziale che processuale²¹. Infatti, «nell'impossibilità e/o incapacità di porre mano ad una riforma complessiva del codice penale, si utilizza la disciplina delle circostanze come modello surrogatorio di politica criminale, inseguendo l'antica illusione della

²⁰ BELLAGAMBA, op. cit., 88.

²¹ MERENDA, *La pena attenuata tra equità e "premio"*, in *questa Rivista*, 2017, 786-808.

general-prevenzione, anche si tratta di uno strumento troppo fragile perché possa avere un'effettiva capacità dissuasiva²²».

Constatato il caotico susseguirsi di riforme settoriali sulla disciplina delle circostanze del reato pare utile delineare delle prospettive di riforma.

De iure condendo, la soluzione immediatamente praticabile non può che riferirsi alle tecniche legislative impiegate nella descrizione delle fattispecie criminose.

Valorizzando le diverse funzioni che gli elementi circostanziali e quelli costitutivi svolgono -incidendo i primi in termini di graduazione quali-quantitativa della pena e rilevando i secondi sul piano dell'*an* della responsabilità penale- il legislatore dovrebbe procedere alla tipizzazione di ogni fattispecie con esplicita indicazione della relativa natura giuridica, attraverso l'enunciazione del termine circostanza o con espressa indicazione della disciplina applicabile, per evitare che si rimetta all'interprete una scelta che non può che spettare al titolare della potestà punitiva. In tal modo procedendo si garantirebbero i principi di legalità e di certezza del diritto e si eliderebbe la problematica relativa alla distinzione tra elementi circostanziali e costitutivi di autonomi reati.

Diversamente, nell'ipotesi in cui si riesca a portare a termine la più volte tentata riforma complessiva del codice Rocco, si potrebbe addirittura prospettare il superamento della categoria delle circostanze del reato.

Tale soluzione è già operante in altri ordinamenti giuridici e rappresenterebbe il necessario adeguamento a quei sistemi, come quello tedesco, improntati da tempo alla integrale applicazione del principio di colpevolezza, che non conoscono un sistema di circostanze se non nei limitati casi di circostanze indefinite; ciò perché gli elementi che nell'ordinamento interno fungono da circostanze negli ordinamenti d'oltralpe sono o elementi costitutivi di reati autonomi o criteri di commisurazione della pena.

Non sembra che la soluzione abrogatoria possa creare problemi di tecnica giuridica, tenuto conto del fatto che «la pratica ha dimostrato come delle circostanze si possa fare tranquillamente a meno, perché: a) se si protegge il loro operato nel giudizio di bilanciamento è come se si fossero creati titoli autonomi di reato, qualora si tratti di circostanze speciali; b) se si protegge il loro operato e si tratta di circostanze aggravanti di portata generale o calibrate sulla persona del reo, si creano intollerabili presunzioni, in contrasto con il principio di proporzionalità e con il principio di colpevolezza; c) se si immettono indiscriminatamente nel gioco del bilanciamento, non si fa altro che dilatare il percorso commisurativo del giudice, allentando i limiti edittali²³».

Di conseguenza, si potrebbero trasformare le attuali circostanze autonome ed indipendenti in elementi costitutivi di altrettanti reati, in quanto già ora spesso disciplina-

²² NATALINI, *La politica criminale delle circostanze nella legislazione del terzo millennio*, in questa *Rivista*, 2017, 753-785.

²³ BRUNELLI, *L'inasprimento delle pene nella legge Orlando: qualche rapsodico spunto di riflessione attorno a minimi edittali, circostanze e a un legislatore che si veste da giudice*, in questa *Rivista*, 2018, 111-126.

te in termini molto simili a questi ultimi. Si creerebbero quindi autonome fattispecie criminose in luogo delle fattispecie circostanziate, poste sempre in un rapporto di specie a genere rispetto al reato-base. Diversamente, le circostanze ad efficacia comune dovrebbero essere private della efficacia extra-edittale e ricondotte tra i criteri di commisurazione della sanzione, con efficacia infra-edittale.

Presupposto imprescindibile di una riforma sistematica è la rivisitazione dei limiti edittali con riduzione dei minimi e massimi di pena, di modo che la previsione di una determinata cornice edittale per ogni fattispecie di reato rappresenti l'intera gamma fenomenologico-disvaloriale dello stesso.

Se poi il legislatore volesse dare rilievo ad elementi ulteriori rispetto a quelli costitutivi del reato bisognerebbe distinguere: se ritenesse che l'elemento in questione incida sulla gravità concreta del reato, senza alterarne la qualità, allora lo dovrebbe qualificare come criterio di commisurazione della pena; altrimenti qualora ritenesse l'elemento ulteriore in grado di variare la qualità del reato, dovrebbe descrivere un reato autonomo²⁴.

In un nuovo codice penale che ridefinisca tutte le cornici di pena e che preveda al contempo una sufficiente elasticità nell'ambito della commisurazione della sanzione entro i limiti edittali, non si prospetta di alcuna utilità il fuoriuscire dalle cornici legali.

Conseguenza non secondaria della riforma sarebbe anche il superamento delle problematiche relative alla distinzione tra elementi circostanziali e costitutivi, fermo restando che il differenziare per autonomi reati offre il massimo delle garanzie dal punto di vista della determinatezza della fattispecie e dell'imputazione soggettiva.

NICOLÒ GRANOCCHIA

²⁴ PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014, 384.