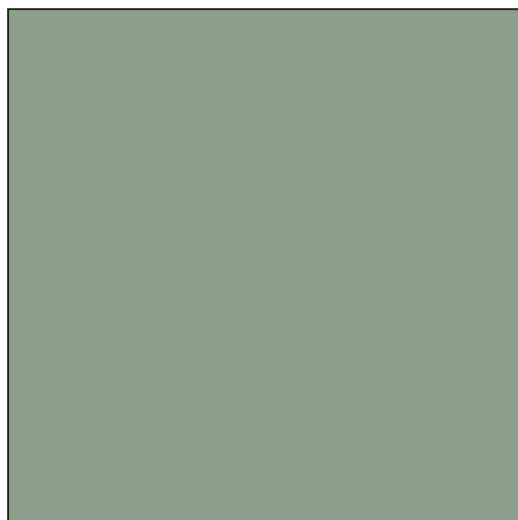


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

112



**ATTUALITÀ E STORIA
DELLE CIRCOSTANZE
DEL REATO**

*UN ISTITUTO AL BIVIO
TRA LEGALITÀ E DISCREZIONALITÀ*

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTODODICESIMO

ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità

a cura di ROBERTO BARTOLI e MICHELE PIFFERI



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814215896

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2016

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

AVVERTENZA

I contributi raccolti in questo volume mettono in dialogo penalisti e storici del diritto. L'istituto delle circostanze del reato viene analizzato da diverse prospettive che ne mostrano la complessa definizione teorica e l'importanza fondamentale che assume in termini di politica criminale. Le analisi dei penalisti sull'attuale disciplina e le proposte *de iure condendo* si radicano necessariamente su una lettura storico-comparativa che mostra l'utilità di uno sguardo diacronico per contestualizzare puntuali scelte normative, orientamenti dottrinali e interpretazioni giurisprudenziali entro una visione più ampia che tenga conto della distribuzione di poteri tra legislativo e giudiziario, della maggiore o minore fiducia nella capacità del giudice di valutare le diverse circostanze, dell'opportunità politica di definizioni sintetiche o di casistiche enumerazioni, delle scelte politiche in base alle quali un certo comportamento o status può assurgere a circostanza attenuante o aggravante ovvero ad elemento costitutivo di una fattispecie.

Già nel diritto comune e nelle pratiche criminali, e poi in modo più evidente nelle moderne codificazioni, le circostanze traducono in termini tecnico-dogmatici le opzioni politiche che oscillano tra legalità e discrezionalità: il sottotitolo del volume indica, dunque, il problema teorico fondamentale indagato nei vari saggi e sul quale ancora oggi sembra necessario interrogarsi.

Convinti della fecondità di tale confronto interdisciplinare, ringraziamo il Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno di Firenze, da sempre votato al dialogo tra storici del diritto e studiosi del diritto positivo, ed il suo Direttore Paolo Cappellini per aver accolto il volume nella Collana.

R. B. e M. P.

MICHELE PIFFERI

ACCIDENTALIA DELICTI E CRITERI
DI COMMISURAZIONE DELLA PENA.
UNA LETTURA STORICA DELLE CIRCOSTANZE
ALLA 'PERIFERIA' DEL CODICE

1. Introduzione. — 2. La prova delle *qualitates delicti*. — 3. *Substantialia* e *accidentalialia delicti*. — 4. Il riformismo criminologico e i limiti delle circostanze codificate.

1. *Introduzione.*

Il tema delle circostanze del reato può essere analizzato da molteplici prospettive. Riguarda aspetti dogmatici e di tecnica legislativa, relativi, per esempio, alla differenza tra reato base e circostanze, al rapporto tra essenza di una fattispecie e sue accidentali manifestazioni, ai criteri di misurazione della pena, al rinvio tra norme di parte generale e di parte speciale nei sistemi codificati. Ma, più in generale, coinvolge profili costituzionali e di politica del diritto, perché i margini di valutazione discrezionale che la legge attribuisce al giudice nel pesare o bilanciare le circostanze incidono sul principio di legalità, spostano gli equilibri tra certezza e flessibilità della pena, implicano scelte orientate alla determinazione legale o alla commisurazione giudiziale della sanzione. Sono temi classici del diritto penale, sui quali i contributi raccolti in questo volume riflettono con sguardo diacronico, offrendo letture comparate proiettate verso il passato, per capire le radici e gli sviluppi dell'istituto, interpretazioni dell'attuale sistema, frammentato ed incoerente per il continuo moltiplicarsi di norme *intra* ed *extra codicem*, e proposte *de iure condendo* orientate a restituire armonia all'intera disciplina normativa. L'indagine storico-giuridica, pur applicata ad un problema così tecnico, permette di cogliere continuità dogmatiche e cesure, di risalire al modo in cui la cultura giuridica ha

prima definito e poi approfondito il problema delle circostanze in funzione di diverse concezioni dei rapporti tra poteri, differenti idee sulla funzione della pena e variabili assetti legislativi.

È evidente che l'esperienza storica più feconda per una genealogia delle circostanze va cercata nell'epoca delle codificazioni moderne a partire dal XVIII secolo, nelle quali si articolano schemi legislativi e si affinano modelli teorici e nelle quali, come noto, prende forma quell'« assolutismo giuridico » di stampo illuministico che mira a ridurre i margini arbitrari del potere giudiziario entro strette maglie legislative ⁽¹⁾. L'istituto delle circostanze ha una precisa funzione sistematica di economicità e di uniformità nei sistemi codificati, mettendo in relazione le disposizioni di parte generale con le fattispecie speciali e permettendo, così, di superare l'exasperata casistica del penale di stampo medievale. Solo nel quadro del codice, inoltre, dove il principio di legalità determina i reati e le sanzioni con regole generali e astratte, le circostanze attenuanti ed aggravanti, definite dalla legge nei contenuti e negli effetti, permettono di rendere la pena più duttile, adeguata al caso concreto ed alle particolari condizioni soggettive del reo o della vittima ⁽²⁾. Nell'impossibilità di costringere il giudice entro le maglie

(1) P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in « Quaderni fiorentini », 24, 1995, pp. 469-475; sulla 'semplificazione' apportata al penale dalla codificazione cfr. anche F. COLAO, *Il « dolente regno delle pene »*. *Storie della « varietà della idea fondamentale del giure punitivo » tra Ottocento e Novecento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 40, 1/2010, pp. 131-134.

(2) A differenza dei sistemi codificati continentali, nel sistema inglese la *province of the judge* sulla commisurazione della pena è stata storicamente più estesa. Come spiega E.W. COX, *The Principles of Punishment as Applied in the Administration of the Criminal Law by Judges and Magistrates*, London, Law Times Office, 1877, pp. 18-21, la legge può misurare la pena da infliggere nei casi concreti solo in modo imperfetto, « hence the very large discretion with which it is necessary to invest the Judge or the Magistrate by whom the law is administered ». La legge, dunque, si limita a dichiarare la natura e la misura della sanzione per ciascun reato, lasciando però al giudice « the largest latitude for mitigation of the legal penalty, according to the special circumstances of each case » (p. 18). Il giudice può, continua Cox, solo attenuare la severità della sanzione e agire come « mitigator of the law », in base alla conoscenza di fatti maturata solamente dopo la condanna dell'imputato. A differenza dei sistemi continentali, infatti, la legislazione

troppo strette del ridotto margine edittale, incapace di corrispondere alla molteplicità e variabilità dei casi, le circostanze (tipizzate o comunque regolamentate dal codice stesso) rendono più flessibile l'applicazione delle norme codificate preservando, tuttavia, il *nullum crimen nulla poena sine lege*.

In questo breve contributo mi riferisco, invece, a due momenti più periferici rispetto alla storia codificata degli *accidentalia delicti*: nel primo, la criminalistica del diritto comune, ritengo si possano rinvenire argomenti, linguaggio, concetti fondamentali per distinguere la sostanza del delitto dalle circostanze; nel secondo, il dibattito sull'individualizzazione della pena tra fine Otto e inizio Novecento, le certezze sulla funzione delle circostanze nel sistema-codice sono messe in discussione per garantire al giudice o all'amministrazione margini discrezionali più ampi nell'irrogazione della pena.

2. La prova delle *qualitates delicti*.

La dottrina di diritto comune discute diffusamente il problema probatorio delle *qualitates delicti* apposte nel libello accusatorio o inquisitorio all'inizio del procedimento. Nel caso in cui nella formulazione dell'accusa venga specificata la commissione di un reato qualificato (*cum armis*, *cum sanguinis effusione*, *de nocte*), ma nel processo si riesca a dimostrare solamente la realizzazione della fattispecie semplice, ci si chiede se l'imputato debba essere assolto o possa essere condannato solo per il reato base provato. L'opinione

inglese, « in its extreme regard for the criminal and desire that he shall have a fair trial, does not permit evidence of *bad* character and of past misdeeds to be proved in the witness box and submitted to the jury » (p. 20). Sul punto cfr. anche A. HOROVITZ, *The emergence of sentencing hearings*, in « Punishment & Society », 9, 2007, pp. 271-299. Con riferimento agli attuali ordinamenti di *common law*, J. ROBERTS, *Punishing, More or Less: Exploring Aggravation and Mitigation at Sentencing*, in ID. (a cura di), *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-20, individua alcuni elementi che dovrebbero essere previsti e chiariti nelle *sentencing guidelines* per indirizzare in modo uniforme le scelte dei giudici nel rispetto dei principi di *equality* e *fairness*.

prevalente, sostenuta prima da Cino da Pistoia ⁽³⁾, Iacopo d'Arena ⁽⁴⁾, Giovanni d'Andrea ⁽⁵⁾, Niccolò Tedeschi ⁽⁶⁾ e Alberto da Gandino ⁽⁷⁾, e poi divenuta *communis* anche tra i criminalisti del Cinquecento ⁽⁸⁾, ritiene che *debet sequi absolutio*, anche se non mancano pareri e decisioni giudiziarie di segno opposto ⁽⁹⁾. La *ratio* di tale interpretazione, dicono i *doctores*, è che « *qualitas diversitatem inducit* » ⁽¹⁰⁾ e che « *qualitas delicti mutat delictum et facit ut*

(3) CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codice*, Francoforti ad Moenum: impensis Sigismundi Feyerabendt, 1578 (rist. an. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998), in C. 4.19.2, *l. possessiones, de probationibus*, n. 3, f. 211vb.

(4) IACOPO D'ARENA, *Commentarii in universum ius civile*, Lione, 1541, *Lectura super Codice, de probationibus, l. possessiones*, f. 21r.

(5) GIOVANNI D'ANDREA, *In Sextum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, apud Franciscum Franciscum Senensem, 1581, rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963, in X. 5.4.1, *pro humani, de homicidio*, n. 4, f. 143ra, in *verbo Christianorum*, invita gli *advocates* ed essere *cauti*, e riferisce di aver fatto assolvere un prelado dalla pena prevista nella decretale per l'assassinio di un cristiano, proprio perché era stato provato il delitto ma non era stata allegata la *qualitas* di *christianus*.

(6) PANORMITANO, *Commentaria in Secundam Secundi Decretalium Libri Partem*, Venetiis, al segno della Fontana, 1571, in X. 2.9.9, *c. licet, de probationibus*, n. 33, f. 30rb; cfr. pure Id., *Commentaria Primae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Venetiis, al segno della Fontana, 1571, in X. 2.1.15, *c. examinata, de iudiciis*, n. 6, f. 47va.

(7) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II: *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1926, rubr. *De penis reorum in genere et de percussione et insultu*, § 44, pp. 256-262, in particolare p. 261.

(8) Cfr., per es., IPPOLITO MARSILI, *Singularia nova et vetera*, Lugduni, apud Iacobum Giunctam, 1531, n. 187, ff. 52v-53r, in particolare f. 52vb: « Nam quotiescunque statutum seu lex disponit in aliquo casu exprimendo aliquam qualitatem tunc agens seu fundans se ex tali statuto debet articulare et probare qualitatem ipsius legis vel statuti »; IACOPO NOVELLO, *Tractatus aureus defensionem omnium eorum adversus quasunque accusationes et inquisitiones pro quibuscunque Criminibus docens, tum ad theoricam iuris, tum ad communem omnium tribunalium universae Europae stilum et praxim accommodatus*, Venetiis, apud Baltassarem Constantinum ad signum Divi Georgici, 1553, n. 25, p. 98r, il quale definisce *ingeniosa* e *docta* l'*excusatio rei imputati* che mira a negare le qualità addotte nell'accusa per ottenere l'assoluzione.

(9) In particolare cfr. GUILLAUME DE CUNH, *Lectura super Digesto Veteri*, Ms. Wien ÖNB 2257, fol. 32 vb - 33 ra.

(10) J. DAMHOUDER, *Sententiae selectae, pertinentes ad materiam praxios rerum criminalium et aliarum partium iuris scientiarumque*, Antwerpiae, I. Belleri, 1601, ad *Qualitas*, p. 168.

aliud sit unum et aliud aliud » ⁽¹¹⁾: poiché le leggi romane o gli statuti prevedono pene diverse per le fattispecie semplici o qualificate, ne consegue che i reati sono distinti e la decisione del giudice non potrebbe discostarsi dal *petitum* né la *sententia* potrebbe essere non conforme al *libellus*.

Questa *opinio* riflette la condizione estremamente ‘casistica’ e asistematica del diritto penale medievale, nel quale non solo si sovrappongono in modo alluvionale fonti di diverse epoche e ordinamenti, ma la stessa *scientia iuris* è incapace di elaborare concetti generali che facciano astrazione dai singoli fatti di reato e dalle multiformi ipotesi di *delicta* ⁽¹²⁾. A ciò si aggiunge, come ulteriore elemento di atipicità ed incertezza, l’ampio margine attribuito all’*arbitrium iudicis*, tanto nella *quaestio facti* consistente nell’individuazione esatta della fattispecie corrispondente al fatto commesso, quanto nella scelta della pena da irrogare ⁽¹³⁾. In un sistema penale nel quale non esistono fattispecie tipicamente definite dalla legge né pene certe, sembra del tutto improponibile una riflessione sulle circostanze del reato: ogni *casus* è specificato da una circostanza, che contribuisce a determinarne l’unicità di disciplina processuale e sanzionatoria piuttosto che esserne un semplice accidente aggravante o attenuante. Tuttavia, proprio per cercare di fare chiarezza in una disciplina così confusa, i giuristi avviano una riflessione sulle caratteristiche e gli effetti delle *qualitates* che porta gradualmente all’elaborazione di una nozione ‘moderna’ di *circumstantiae delicti*. È un percorso motivato, in origine, da esigenze processuali, per stabilire fino a che fase del processo la *qualitas* può essere aggiunta o tolta dall’accusa, che validità hanno le prove che non confermano l’esistenza della *qualitas*, se il giudice debba assolvere l’imputato in caso

⁽¹¹⁾ GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., p. 257.

⁽¹²⁾ Sul punto rinvio per sintesi a M. PIFFERI, *La criminalistica*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze Lettere ed Arti, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, a cura di Paolo Cappellini, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Bernardo Sordi, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 141-143.

⁽¹³⁾ Cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, specie pp. 219 e ss.; B. DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVI^e au XVIII^e siècle*, Montpellier, Publications de la Société d’histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1993.

di qualità non provata o debba condannarlo ⁽¹⁴⁾, e in quest'ultimo caso a quale pena, se si possa eventualmente riproporre un'azione penale contro lo stesso soggetto formulando l'accusa per il reato base in caso di assoluzione per il reato qualificato o se il *ne bis in idem* lo impedisca ⁽¹⁵⁾. Per rispondere a tali questioni procedurali, però, la scienza giuridica è costretta ad approfondire profili sostanziali.

Bartolo sposta il piano del discorso dal giudizio al *delictum*: le specifiche qualità possono *alterare actionem* nella misura in cui, incidendo sul versante sostanziale, *mutant delictum* perché non modificano profili accidentali e secondari del crimine, ma intervengono sulla configurazione materiale del tipo. La *variatio* di tempo, di luogo o di altro carattere risulta irrilevante per la prosecuzione del processo se non *alterat* il nucleo essenziale costitutivo del *factum* che rende tale quel determinato reato: l'*adiectio vel detractio qualitatis* è possibile in giudizio senza *mutare actionem* e dover ricominciare con una *nova accusatio*, solo se riguarda gli *accidentalia delicti* ⁽¹⁶⁾. Non sono, tuttavia, ancora chiaramente definiti i criteri per distinguere i caratteri costanti e immutabili di un reato da quelli variabili e secondari. La confusione terminologica e soprattutto concettuale tra qualità che intaccano la struttura sostanziale della fattispecie e qualità che sono invece solo eventuali e circostanziali, è evidente nell'utilizzo dell'ossimoro *circumstantiae de substantia* ⁽¹⁷⁾ con cui alcuni giuristi cercano di elevare a dimensione ontologica del *factum*

⁽¹⁴⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1590, in D. 48.5.18.3, *l. denunciasset, de adulteriis et stupro*, § *quid tamen*, n. 2 f. 159ra, distingue tre casi: quelli in cui la *qualitas* non provata « facit cessare propositam actionem seu accusationem, et tunc sequi absolutio », quelli in cui essa « alterat factum seu crimen quia facit illud esse aliud factum » e se non è provata non si può avere la condanna, quelli, infine, in cui la *qualitas* non altera il *factum* così che « ex eodem processu potest sequi condemnatio », purché sia *detracta* dall'accusa *pendente iudicio*.

⁽¹⁵⁾ Sulle questioni processuali connesse al tema delle *qualitates*, sia consentito rinviare a M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 126-133.

⁽¹⁶⁾ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.5.18.3, *l. denunciasset, de adulteriis et stupro*, § *quid tamen*, n. 3 f. 159ra.

⁽¹⁷⁾ Cfr. per es. PIETRO DA ANCARANO, *Consilia sive iuris responsa*, Venetiis, apud Franciscum de Portonariis, 1574, *Cons. CCLIII*, n. 3, f. 134va: « quando igitur circum-

una caratteristica normalmente intesa come accidentale ⁽¹⁸⁾. Non vi sono chiarezza né uniformità nel valutare la rilevanza delle *qualitates*; alcune di esse che di lì a poco saranno considerate meri accidenti come ad esempio il *de nocte* o *in via*, sono intese come qualità che non solo alterano la pena, ma incidono anche sulla sostanza rendendo *aliud* il delitto ⁽¹⁹⁾. Spesso i giuristi ricorrono alla casistica e utilizzano come criterio dirimente la pena prevista dalla legge: quando la *qualitas* comporta la comminazione di una *poena per se*, occorre agire con un'*actio* autonoma da cui si deduce la modifica del *nomen delicti* perseguito, quando, invece, essa si limita ad aumentare o diminuire la pena base prevista per la fattispecie semplice, opera come una circostanza che non intacca la *quidditas* del reato ⁽²⁰⁾.

L'individuazione del *factum simplex* o *qualificatum* gioca un ruolo rilevante nella politica del diritto punitivo delle *civitates*: al diritto dell'imputato di non essere giudicato due volte per uno stesso fatto e ad una visione *pro reo*, si contrappone il diritto della *Respublica* a non lasciare impunito alcun delitto, ad evitare prevaricazioni e frodi nei confronti dell'accusa, ad impedire che una disattenzione o un'omissione dell'accusatore possano impedire il

stantiae et qualitates sunt de substantia non sufficit probare factum simpliciter sine tali qualitate ».

⁽¹⁸⁾ Per B. TAEGIO, *Tractatus varii ad criminales causas pertinentes*, Mediolani, apud Antonium Antonianum, 1564, pars XVII, *De qualitate*, n. 1-2, f. 76r, ad esempio, la « *qualitas animi deliberati* » è un elemento caratterizzante della *natura facti* che consente di differenziare un delitto da un altro.

⁽¹⁹⁾ Cfr. per es. ANGELO DEGLI UBALDI, *In Codicem Commentaria*, Venetiis, ad signum Aquilae se renovantis, 1579, in C. 9.2.9, *l. qui de crimine, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 6, f. 255ra.

⁽²⁰⁾ Cfr. BARTOLO, *In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.5.18.3, *l. denunciasset, de adulteriis et stupro*, § *quid tamen*, n. 5, f. 159ra: « Quandoque lex disponens super certa qualitate delicti imponit penam per se et non respective ad penam qua imponitur pro delicto simplici, tunc inducitur nova actio et nova accusatio », come nel caso della *qualitas coadunatis hominibus* che trasforma l'*actio iniuriarum* nell'*actio ex lege Iulia de vi* o della parentela che trasforma in parricidio l'omicidio; « sed si pena propter illam qualitatem augeretur vel minueretur respective ad penam qua imponitur pro delicto simplici, tunc non esset nova actio vel accusatio, sed esset adiungere qualitatem veteri actioni », come quando una qualche circostanza fa aumentare la pena *ad duplum* o come nel caso della responsabilità del padrone per il delitto o per il contratto del servo.

conseguimento della *publicam vindictam* ⁽²¹⁾. In base al principio *ne de eodem delicto quis bis puniatur* diventa indispensabile determinare con esattezza il *factum*, o meglio la fattispecie, oggetto del primo giudicato, coperto dal divieto di procedibilità: le possibilità di scomporre il delitto in sostanza e circostanze, di distinguere la *qualitas* che *alterat delictum* da quella che non ne modifica la struttura fondamentale, di differenziare le *qualitates* che *per se* costituiscono un crimine e che compongono dunque la *quidditas* di un diverso *nomen iuris*, da quelle che sono invece semplici accidentalità aggravanti o attenuanti rilevanti ai fini sanzionatori, sono elaborazioni concettuali che permettono di destrutturare il reato in modo elastico in funzione di orientamenti più o meno garantistici ⁽²²⁾.

3. Substantialia e accidentalia delicti.

La necessità teorica di chiarire il significato del termine *qualitas*

⁽²¹⁾ BARTOLO, *In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.2.14, *l. Senatus, de accusationibus*, n. 4, ff. 149rb-149va. Sulla prevalenza dell'*interest Reipublicae* nel processo penale d'età comunale e sulla diffusione del rito inquisitorio, cfr. M. SBRICCOLI, "Vidi communiter observari". L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 27, 1998, pp. 231-268, ed ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, I, Milano, Giuffrè, pp. 73-110; M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in «Rechtsgeschichte», 14, 2009, specie pp. 40-48.

⁽²²⁾ Interpreta il § *si detracta* in senso garantistico GIOVANNI D'ANDREA, *Additiones* a GUGLIELMO DURANTE, *Speculum*, Pars Prima, Venetiis, 1566, in L. I, partic. II, *de accusatore*, p. 299. Bartolo (*In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.2.15, *l. in eum, de accusationibus*, n. 3, f. 149vb), afferma che non si può accusare *iterato* un soggetto, già assolto o condannato in un primo giudizio, *ratione additae qualitatit*, poiché troppo forte sarebbe il rischio di fingere delle qualità per coinvolgerlo in un altro processo eludendo l'*exceptio rei iudicatae*; diversamente ALBERICO DA ROSATE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentarii*, Venetiis, 1585 (rist. an. Bologna, Forni, 1974), in D. 9.4.4.3, *l. in delictis servorum, de noxalibus actionibus*, § *si detracta noxae*, n. 4, f. 374va, fonda sul § *si detracta* la possibilità di «mutare qualitatem usque ad sententiam, vel usque ad conclusionem in causa», poiché la *mutatio qualitatit* lascia comunque ferma la *substantia actus*; così anche GIOVANNI D'ANANIA, *Praelectiones in Decretalium librum Quintum*, Lugduni, apud Iacobum ac Ioannem Senetonios fratres, 15(46), in X. 5. 22. 3, *c. audivimus, de collusione deteg.*, n. 4, f. 249ra.

induce ad una riflessione sull'essenza del delitto. Secondo Baldo *qualitas* è « omne quod alterat delictum, unde natura qualitatis est aliquid ponere in esse propter substantiam », mentre la *substantia* è « suum esse principalem, propter quod maleficium diffinitur » (23). *Qualitas* e *substantia* operano su due piani ontologicamente diversi; il *maleficium* può logicamente essere scomposto in due dimensioni, sostanza e natura, *quidditas* e *qualitas*, secondo lo stesso procedimento descrittivo del *dominium* e del *contractus* (24). La sostanza è l'essenza che permette di definire il delitto nella sua struttura costitutiva, mentre le qualità 'alterano' la fattispecie senza intaccarne il nucleo tipico che la identifica. Riprendendo le partizioni classiche, le *qualitates* sono ricondotte ai *praedicamenta* (*quando, ubi, facere, facti, pati, relationis*) nel significato di specificazioni, accadimenti, circostanze variabili che connotano in modo particolare il reato nel suo concreto manifestarsi, aumentandone o diminuendone il disvalore per ragioni contingenti ed accessorie. Per verificare se mandante e mandatario commettano un *idem delictum*, Baldo destruttura il reato astrattamente considerato in tre componenti: *esse, nomen e qualitas* (25). L'essenza, rappresentata dalla consumazione, o dal tentativo nei casi in cui la legge consideri sufficiente l'attentato per irrogare la pena. Il nome, ovvero la qualificazione giuridica che la legge fa di un certo comportamento come penalmente rilevante. Infine la qualità, ancora ambigualmente riferita a profili sia sostan-

(23) BALDO DEGLI UBALDI, *In Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 4.5.4, l. *ea quae per infitiationem, de conditione indebiti*, nn. 10-12, f. 13ra.

(24) Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 209 ss.; ID., *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 15, 1986, pp. 613-619; M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 91-104; P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 10, 1981, pp. 323-354, R. VOLANTE, *I giuristi e il contratto*, in *Enciclopedia Italiana*, cit., pp. 26-7.

(25) BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X, XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 9.2.5, l. *non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210va-vb.

ziali che accidentali: *intrinsicae* e proprie dei delinquenti sono le *qualitates* soggettive che descrivono caratteristiche personali delle parti stabilite dal diritto oppure distinguono l'*animus* del reo in doloso o colposo; oggettive sono, invece, quelle che esprimono condizioni circostanziali o concomitanti dell'accadimento (di tempo o di luogo per esempio), accidenti privi di significato in sé, incapaci di alterare l'essenza di un delitto ma influenti solo sulla gravità del fatto principale, « unde omne illud per quid factum aggravatur, dicitur esse qualitas: et omne id quo amoto delictum remanet in substantia delicti, dicitur esse qualitas et accidens »⁽²⁶⁾. Non sempre l'*usus loquendi* è appropriato tanto che in alcuni casi, riconosce Baldo, ambiguità semantiche confondono le categorie dogmatiche fino a sovrapporre entità distinte: il dolo, per esempio, è considerato una *substantialis qualitas* nel furto, perché « furtum per dolum diffinitur » e rientra negli elementi costitutivi tipizzanti, mentre nell'omicidio « dolus non est substantialis qualitas, sed accidentalis » poiché l'uccisione giusta o ingiusta non differenzia la *substantia* del reato ma solo l'*agnitio facti* ⁽²⁷⁾.

Nel Cinquecento, Marco Antonio Bianchi, lettore di *criminalia* presso lo *Studium* patavino, sposta il piano del discorso sulle *qualitates* verso un'analisi degli elementi del reato. In caso di accusa non completamente provata nelle qualità, vi sono argomenti favorevoli sia all'assoluzione sia alla condanna ⁽²⁸⁾; la risposta va, dunque,

⁽²⁶⁾ BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210vb.

⁽²⁷⁾ BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis*, cit., in C. 4.5.4, *l. ea quae per infitiationem, de conditione indebiti*, n. 12, f. 13ra; nello stesso senso cfr. anche BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210vb, § *Adverte*.

⁽²⁸⁾ M. A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1567, § *Visis*, riporta prima (nn. 77-86, ff. 50v-51r) le regole a favore dell'assoluzione (« a forma accusationis non est recedendum »; « sine accusatione nemo condemnatur »; « alia species delicti est cum qualitate »; « sententia debet esse conformis libello »; « iudex super toto pronuntiare debet »; « accusator astrinxit se ad duo, ergo utrunque probare debet »), poi (nn. 87-94, f. 51r-v) quelle che sembrano giustificare la condanna anche in assenza di prova sulle *qualitates* (« additio qualitatis non vitiat praecedentia »; « licet accessorium deficiat, attamen principale remanet »; la commissione del delitto e l'agire di notte sono due cose distinte per cui la condanna può procedere separatamente; « in dubio magis dicendum est, quod res valeat quam pereat »;

cercata non tanto nei meccanismi processuali, quanto nella natura del *factum* sottoposto a giudizio. Bianchi distingue due ipotesi: nella prima la *qualitas adiecta* compone il disvalore tipico del reato, è *substantialis* e deve essere provata, pena l'assoluzione dell'imputato; nella seconda essa opera come circostanza aggravante o attenuante in modo tale da non impedire il pronunciamento della sentenza sulla fattispecie base ⁽²⁹⁾.

La criminalistica cinquecentesca riconosce ormai come le conseguenze dell'individuazione dei caratteri del *delictum in genere* e delle particolari fattispecie non siano solo un esercizio stilistico di stampo umanistico, ma abbiano anche significative ricadute concrete, sull'esito dei processi e sul perseguimento delle politiche pubbliche di repressione della criminalità. Non interessa qui soffermarsi su come la *scientia iuris* superi completamente il valore garantista della regola probatoria delle *qualitates* per consentire al giudice la massima libertà di giudizio, non solo sulle qualità *adiectae* o *detractae*, ma anche *ultra petitum*, pur di impedire che *delicta remaneant impunita* ⁽³⁰⁾. Nel percorso che conduce ad una definizione sempre più chiara della natura e della funzione delle circostanze, assume un'importanza centrale la riflessione sul reato in generale, *in abstracto sive imaginatione*, che trova nel *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani il momento metodologicamente e contenutisticamente più raffinato.

Il giurista udinese, infatti, supera i termini del dibattito sulla verifica delle qualità genericamente indicate, ed elabora nella parte dedicata ai *generalia delictorum* una teoria del *delictum*, in cui tutti quei fattori o profili vari prima confusamente riconducibili alle *qualitates* e al loro ruolo di specificazione o caratterizzazione della singola ipotesi delittuosa, sono ora razionalmente distinti in elementi sostanziali, naturali, accidentali. Deciani individua quattro *substantialia* « quae ad essentiam delicti sunt necessaria » ⁽³¹⁾ (la legge, la

« in delictis in dubio fit condemnatio »; sebbene la *qualitas* non sia provata, « attamen per sacramentum accusatoris probari potest »).

⁽²⁹⁾ Ivi, nn. 98-99, p. 764.

⁽³⁰⁾ Rinvio su questo a PIFFERI, *Generalia delictorum*, pp. 134-43.

⁽³¹⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, apud haeredes Hieronymi Scoti, 1614, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 1, p. 29.

volontarietà e intenzionalità dell'atto, il fatto materiale, il danno o lesione di un interesse giuridicamente rilevante), i *naturalia delicti*, ovvero criteri, *opiniones doctorum* e regole varie già in uso nella pratica e accomunate dall'essere applicabili a tutte le fattispecie, e infine gli « *accidentia autem, quibus delictum incrementum, vel diminutionem suspicit, sunt quae neque substantiam, neque naturam delicti attingunt, sed extra sunt, et per quae delictum, quod sui natura leve erat, fit atrocius, et contra, quod atrox erat, fit leve* »⁽³²⁾. Tali distinzioni, unitamente alla nota definizione di delitto in genere⁽³³⁾, mostrano il livello di maturazione teorico-dogmatica della scienza giuridica del Cinquecento, l'approccio più sistematico, la capacità di riflettere sui concetti e non solo sui *casus*.

Ben prima delle codificazioni moderne, la dottrina si impegna nel definire il rapporto tra reato base e circostanza, capendone l'importanza. Anche se per regola ormai *communis* il giudice può arbitrariamente decidere la pena valutando le circostanze attenuanti ed aggravanti⁽³⁴⁾, il problema teorico resta quello di capire quale elemento, fatto, condizione sia una circostanza e quale, invece, sia parte del *corpus delicti*, cioè sia elemento costitutivo di una fattispe-

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 2, p. 28: « Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest ».

⁽³⁴⁾ Cfr., ad es., A. TIRAQUEAU, *De poenis legum, ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Lugduni, ad Salamandrae, apud Claudium Sennetonium, 1559, *Praefatio*, n. 16, il quale, dopo aver esposto le regole che vincolano il giudice alla pena prevista dalla legge, dagli statuti o dalle consuetudini, chiarisce che « sed quae dicta sunt, sane intelligito, ut videlicet non possit iudex temere, et sine causa minuere, aut augere poenas a iure statutas alioquin subiturus poenas, de quibus supra diximus. Ob causam vero utrunque impune facere, imo etiam remittere poterit »; B. CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, in partes tres divisa*, Francofurti et Wittebergae, Sumptibus Haeredum D. Tobiae Mevii & Elerdi Schumacheri, 1652, P. I, Q. CXLII, n. 28, p. 350: poiché i delitti sono commessi « *diversis qualitatibus et circumstantiis* » che non possono essere previsti dalla legge, « *rectissime iudici hanc facultatem et arbitrium dedit, ut secundum facti contingentiam, poenas ex arbitrio minuere, vel mutare, quandoque etiam augere queat: ne scilicet gravior vel mitior poena, quam par est, irrogetur, sed iusta ratione delicto commensuretur, illiusque qualitati debita proportione correspondeat* ».

cie ⁽³⁵⁾. Tra i criteri elaborati dai *doctores* per indirizzare l'*arbitrium iudicis*, che come ricorda Carpzov non significa discrezionalità incontrollata perché « non solum enim Iudex astrictus est ad iudicandum secundum ius commune, sed etiam secundum consuetudinem » ⁽³⁶⁾, vi è anche il superamento di un'esasperata casistica attraverso la determinazione concettuale del rapporto tra *substantialia* e *accidentalialia delicti*.

4. *Il riformismo criminologico e i limiti delle circostanze codificate.*

A partire dalla fine del Settecento le circostanze attenuanti e aggravanti sono previste e regolate dai codici penali dell'Europa continentale ⁽³⁷⁾. Il modello rigidamente legalista del codice napoleonico del 1810, ispirato ad una netta separazione dei poteri ed all'idea beccariana di giudice meccanico applicatore del dettato legislativo, prevedeva pene certe e fisse, determinate nel massimo e nel minimo, con un margine ridotto di applicazione giudiziale delle attenuanti. Era un sistema orientato alla prevenzione generale ed alla deterrenza, « habitués par les penseurs du siècle précédent à concevoir l'humanité comme un ensemble de types abstraits » ⁽³⁸⁾: secondo una perfetta simmetria pensata in contrapposizione all'*arbitrio* medievale e d'antico regime, a reati uguali commessi da

⁽³⁵⁾ Sulla trasformazione del concetto di *corpus delicti* in quello più comprensivo di fattispecie di reato, cfr. K.A. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1933; K. VOLK, *Prozessvoraussetzungen in Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1978, pp. 34 ss; A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997, specie pp. 157-256; PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., pp. 176-184.

⁽³⁶⁾ CARPZOV, *Practica Nova*, Q. CXLII, n. 14, p. 349.

⁽³⁷⁾ I contributi presenti in questo volume di Floriana Colao, Loredana Garlati, Sebastian Martín e Marco Nicola Miletto analizzano in particolare diverse esperienze di codificazione; ampi riferimenti anche in A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000; G. De Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 17-50; .

⁽³⁸⁾ P. CUCHE, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, Paris, Librairie générale de droit e de jurisprudence, 1905, p. 19.

persone dotate di pari libertà deve corrispondere una medesima pena, « unité de peine, comme il y a unité de crime » ⁽³⁹⁾. L'utopia della certezza della pena eguale si rivelò, tuttavia, impraticabile ed inidonea a considerare le diversità dei casi, tanto da indurre spesso i giurati ad assolvere l'imputato ritenuto colpevole pur di non fargli scontare una pena vista come sproporzionata. Per correggere tali distorsioni, con le riforme del *Code pénal progressif*, il legislatore francese nel 1832 attribuì alla giuria la facoltà di dichiarare il concorso di circostanze attenuanti in tutte le categorie di reato obbligando, di conseguenza, il giudice a diminuire la pena ⁽⁴⁰⁾.

Le riforme del codice francese definiscono un modello per le codificazioni ottocentesche, in cui il margine di flessibilità della pena è pur sempre limitato e deciso dal legislatore ⁽⁴¹⁾. Per la penalistica liberale, la ponderazione delle circostanze rappresenta il massimo della discrezionalità che può essere concessa al giudice « pour compléter l'œuvre du législateur dans la réalisation de la justice pénale » ⁽⁴²⁾. Attraverso le circostanze, infatti, è possibile proporzionare la pena ai delitti, e solo grazie ad esse, continua Pessina, « le

⁽³⁹⁾ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, 3 ed., Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, p. 35.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif; Commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris, chez l'éditeur, 1832, pp. 12 ss. e 340 ss.; sulla riforma ed i suoi effetti cfr. Y. CARTUYVELS, *Responsabilité morale et défense sociale. Deux versions asymétriques de l'individualisation des peines en Belgique au XIX^e siècle*, in Cesare Beccaria. *La controversie pénale XVIII^e-XXI^e siècle*, sous la direction de M. Porret et É. Salvi, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, pp. 190-194. Il provvedimento del 1832 è criticato da Carrara perché rischia di aumentare l'arbitrio dei giudici a discapito della certezza legislativa; sul punto cfr. L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale - Per Mario Sbriccoli*), p. 672.

⁽⁴¹⁾ S. MARTINELLI, *Delle circostanze attenuanti nel codice penale*, Firenze, Civelli, 1870, pp. 5-13, confrontando la disciplina delle attenuanti nel Codice francese e in quello sardo-piemontese del 1859 (poi esteso alle province meridionali dopo l'Unità), rimarca la « differenza notevolissima » perché il codice transalpino « difetta grandemente, al paragone del nostro, nella distinzione dei gradi d'imputabilità [...] Il codice italiano non può, dunque, aver ereditato dal francese il sistema delle circostanze attenuanti senza *beneficio d'inventario*, senza restringerne il campo » (p. 8).

⁽⁴²⁾ E. PESSINA, *Rapport*, in *Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome* (novembre 1885), t. I, Roma, Mantellate, 1887, p. 111.

principe de l'individualisation offrira la conciliation complète des exigences de l'égalité juridique, de la certitude de la peine, de l'impersonnalité de la justice avec le principe substantiel du droit pénal que les délits différents soient tous punis selon leur nature et gravité respectives » (43). La possibilità di variare la sanzione in ragione degli *accidentalia* trova un limite insuperabile nel principio di legalità. La regola *nulla poena ultra nec supra legem* implica che la legge « non può né debbe nel suo contenuto determinare tutto quello che si riferisce alla pena, ma in quella vece fissare il limite massimo di rigore oltre il quale non deve manifestarsi l'azione del potere sociale nel punire »; il giudice pertanto, nel compiere « l'ufficio dell'individuazione della pena », dovrà certo tenere conto delle circostanze aggravanti e attenuanti, soggettive ed oggettive, ma sempre restando entro i rigidi « confini del massimo legale » (44).

È, certo, un tentativo di individualizzare la sanzione, ma si tratta, secondo Saleilles, « de l'individualisation très mal faite, et purement empirique, quelquefois un peu passionnelle » (45). La pena continua ad essere misurata sul fatto più che sull'autore, a dipendere da valutazioni decise in astratto e anticipatamente dalla legge, a non essere realmente calibrata sul carattere, la pericolosità, le necessità rieducative dei criminali. La 'scoperta del delinquente' per opera dell'antropologia criminale lombrosiana, prima, e della sociologia criminale, poi, mostra come il compromesso liberale tra

(43) Ivi, pp. 111-112.

(44) E. PESSINA, *La legge penale avvisata in sé e nella sua efficacia*, in « Enciclopedia del diritto penale italiano », a c. di Enrico Pessina, vol. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, pp. 15-16. Tale posizione, conforme alla più tradizionale dottrina penale liberale, è sostenuta anche in G. GUIDI, *Legge penale (efficacia della)*, in « Il Digesto Italiano », XIV, Torino, Utet, 1902-1905, pp. 387-388: « l'aforisma *nulla poena sine lege* deve interpretarsi nel senso lato [...] che non vi sia pena applicabile se non quella determinata per ogni singolo reato (nella *qualità*, nel *massimo* e nel *minimo*); che non si possa altra qualità od altra quantità di pena applicare, diversa da quella indicata dalla legge; ma che il giudice abbia la duplice facoltà, date le peculiari circostanze del fatto soggetto al suo esame, di dichiarare l'evento di circostanze speciali (indicate dalla legge) che aumentano, o diminuiscono, o cambiano la pena, e di spaziare nel quantitativo della pena medesima (al di fuori di quelle circostanze suaccennate) onde applicare la giusta misura a seconda della diversità delle circostanze obiettive e subiettive che determinano e accompagnarono il fatto delittuoso ».

(45) SALEILLES, *L'individualisation*, cit., p. 13.

giudiziario e legislativo espresso dal sistema delle circostanze sia del tutto inidoneo a perseguire i 'nuovi' scopi della pena, ovvero la riabilitazione del reo e la difesa sociale. Le proposte della criminologia, i movimenti riformatori del modernismo penale in Italia (con la Scuola Positiva), in Europa (con l'Unione Internazionale di Diritto Penale) e negli Stati Uniti (con il movimento di riforma del sistema penitenziario e poi con l'*American Institute of Criminal Law and Criminology*), mirano a superare i confini troppo angusti dell'individualizzazione legale per realizzare sistemi di individualizzazione giudiziale o amministrativa. Questo implica un completo ripensamento della separazione dei poteri nel diritto penale ed un superamento della timida forma di discrezionalità garantita dal bilanciamento delle circostanze.

Come sintetizza Paul Cuche nel 1905, «l'histoire moderne du droit pénal pourrait avoir un chapitre intitulé: l'abdication progressive du législateur entre les mains du juge, aujourd'hui cette abdication est presque entière» ⁽⁴⁶⁾. Il cambio del fondamento e dello scopo del diritto di punire, dalla repressione alla prevenzione speciale, dalla retribuzione alla difesa sociale, dall'intimidazione alla risocializzazione, comporta l'attribuzione di più poteri agli organi che possono concretamente conoscere la personalità del reo e individualizzare il trattamento. La decisione della pena da irrogare spetterebbe, dunque, non più al legislatore, che dovrebbe solo limitarsi a stabilire il massimo della pena, ma al giudice, che durante o dopo il processo può raccogliere informazioni sulla vita e il carattere dell'imputato, o, meglio ancora, agli organi amministrativi incaricati dell'esecuzione della pena ⁽⁴⁷⁾. Poiché è impossibile che

⁽⁴⁶⁾ CUCHE, *Traité de science*, cit., p. 21. Nello stesso senso cfr. ad es. anche L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El concepto moderno del Derecho penal y las garantías de los derechos individuales. Cuarta conferencia*, in *El nuevo código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal. Conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires durante los meses de junio, julio y agosto de 1923 y agosto de 1925*, Madrid, Editorial Reus, 1928, p. 131.

⁽⁴⁷⁾ È questa la scelta dell'*indeterminate sentence system* negli Stati Uniti; R. FERRARI, *French and American Criminal Law. Three Points of Resemblance*, in «*Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*», 8, 1, 1917-18, p. 39, considera migliore il sistema americano del *probation* rispetto al bilanciamento delle circostanze da parte del giudice francese: «All the facts which are, as a matter of course,

legislatore e giudici, privi di formazione criminologica e costretti a ragionare in astratto ed in modo prognostico, riescano ad adeguare la pena all'individuo delinquente, non possono essere loro a stabilire la sanzione, perché, nonostante lo strumento delle circostanze, essa sarebbe sempre non adattata al singolo caso. Se la detenzione deve durare fino a quando il condannato non sia realmente riformato, e se, « come il est probable, cette évaluation anticipée du temps nécessaire à l'amendement lui était impossible, on abandonnerait ce soin à l'administration par une sentence indéterminée » (48).

Senza voler qui ripercorrere le vicende legate all'individualizzazione della pena ed alla pena indeterminata (49), è evidente come entro tale dibattito il tema delle circostanze assuma un significato nuovo e, direi, quasi marginale. La critica alla legalità della pena, che secondo i riformatori non dovrebbe più essere predeterminata, rende impossibile anche la fissazione anticipata *ex lege* delle circostanze e del loro peso. Circostanze che, per di più, sarebbero finalizzate a misurare non la gravità del fatto, inteso come mero sintomo della pericolosità del soggetto, ma la temibilità dell'autore (50) e, più in generale, la sua personalità: poiché, però, l'« estado peligroso » è una condizione soggettiva variabile nei singoli individui e nelle specifiche situazioni, non è possibile codificare gli indici di pericolosità in modo presuntivo se non attraverso elenchi esemplificativi ma non tassativi (51). La pena individualizzata ritorna ad

brought out in a French trial in Court, may, in America, be brought out by the Probation Officer and by persons interested in the conviction, in Court or in the Chambers of the Judge after conviction. Again, the American system is preferable to the French system ».

(48) CUCHE, *Traité de science*, cit., p. 26.

(49) Per chi volesse, rinvio a M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

(50) Sulla temibilità come nuovo fondamento della pena, cfr. R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880.

(51) L.J. DE ASÚA, *Los proyectos de ley sobre el "estado peligroso"*, in Id., *El nuevo código penal argentino*, cit., p. 131. Il Progetto Ferri del 1921 (E. FERRI, *Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano (Libro I)*, Roma, "L'Universelle" Imprimerie Polyglotte, 1921, artt. 21-22, pp. 54-62 e 153-154) tenta di tipizzare le circostanze della pericolosità attraverso indici prognostici. Per questo è criticato da S. GLUECK, *Principles of a Rational Penal Code*, in « Harvard Law Review », 41, 4, 1928, pp. 467-475, secondo il quale il fondatore della Scuola Positiva ricade nell'errore di stabilire « a sort of penal mathematic by which the judge is more or less mechanically bound » (p. 472,

essere arbitrariamente stabilita, secondo una discrezionalità che, però, è scientificamente guidata dal sapere criminologico (psicologia, psichiatria, antropologia ecc.). Ad indirizzare il giudice o l'organo amministrativo nella scelta della pena in concreto sarebbe, pertanto, non più un criterio infra-codicistico (quale appunto il rapporto tra pena base e circostanze), ma un insieme di parametri *extra codicem*. Scelta rischiosa, mai del tutto accettata dal legislatore italiano e dai legislatori europei, che tuttavia conferma come attorno al tema delle circostanze sia possibile leggere una storia complessa, con ricadute importanti sull'assetto costituzionale del sistema penale.

nt. 24), definendo così « a peculiarly unsatisfactory and confusing solution of the dilemma of which judicial discretion is one horn and detailed legislative prescription the other » (p. 473): il legislatore, secondo il criminologo di Harvard, dovrebbe, invece, solo limitarsi a stabilire *broad penological standards* e lasciare a « trained judges, psychiatrists, and psychologists, forming a quasi-judicial treatment body, the application of those standards in the individual case » (p. 470). Teorizza una tipizzazione legislativa dei criteri di determinazione della pericolosità anche da F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in « La Scuola Positiva », 9, 1920, pp. 97-141.

ROBERTO BARTOLI

LE CIRCOSTANZE ‘AL BIVIO’
TRA LEGALITÀ E DISCREZIONALITÀ

1. Le diverse declinazioni del ‘bivio’ legalità/discrezionalità. — 1.1. Le circostanze tra tipicità/comminatoria edittale e commisurazione della pena. — 1.2. Le circostanze operanti nella commisurazione della pena tra legalità e discrezionalità. — 1.3. Le circostanze aggravanti operanti nella commisurazione della pena tra istanze preventive e colpevolezza. — 1.4. Le circostanze in una prospettiva di politica criminale tra afflittività e mitezza del sistema sanzionatorio complessivamente inteso. — 2. Circostanze e “tipo/comminatoria edittale”. — 3. Il rapporto strutturale tra circostanze e commisurazione della pena. — 3.1. Legalità e discrezionalità nell’applicazione di una sola circostanza o in presenza di concorso omogeneo. — 3.2. Legalità e discrezionalità in presenza di concorso eterogeneo. — 4. Il rapporto finalistico tra circostanze e commisurazione della pena. — 5. La funzione (distorsiva) di politica criminale svolta dalle circostanze nel sistema sanzionatorio complessivamente inteso. — 6. Conclusioni in prospettiva di riforma.

1. *Le diverse declinazioni del ‘bivio’ legalità/discrezionalità.*

Se ci dovessimo attenere a una riflessione rigorosamente incentrata sul sistema del diritto vigente, il bivio davanti al quale si trovano le circostanze, sintetizzato nell’alternativa “tra legalità e discrezionalità”, potrebbe essere declinato in un unico modo, concernente il ruolo specifico che esse si trovano a svolgere nell’attuale fase storica all’interno della commisurazione della pena. E in questa prospettiva, l’alternativa verrebbe declinata nel senso che la disciplina delle circostanze può essere modulata riducendo, se non addirittura annullando, i margini di manovra del potere del giudice (legalità) oppure estendendoli anche a dismisura (discrezionalità).

Tuttavia, proprio grazie al contributo offerto dall’indagine storica, capace di estendere lo sguardo ben oltre l’attuale disciplina, e cioè capace di muovere da alcune trasformazioni epocali subite dal

diritto penale (progressivo affermarsi del principio di legalità con le molteplici conseguenze “di sistema”; sviluppo, anche in termini finalistici costituzionalmente orientati, della teoria della commisurazione della pena; processo di umanizzazione delle pene in chiave di minore afflittività), il bivio davanti al quale si trovano le circostanze può essere declinato in diversi modi: da un lato, le circostanze sono attraversate da alcune tensioni che potremmo definire “statiche”, aventi cioè un carattere dogmatico o “di principio”: si pensi, ad esempio, alla loro “ambigua” valenza come fattori che possono incidere già sulla comminatoria edittale oppure sulla pena commisurata dal giudice. Dall’altro lato, si può parlare di una tensione “dinamica”, concernente il ruolo politico-criminale che le circostanze possono svolgere, in termini per la verità spesso distorti e strumentali, nel senso di irrigidire o flessibilizzare il sistema sanzionatorio latamente inteso.

Queste diverse declinazioni ad ampio raggio dell’alternativa tra legalità e discrezionalità consentono di aprire scenari molto interessanti per comprendere i possibili ulteriori sviluppi di questo istituto. Anche perché queste tensioni sembrano essere il frutto di un modo di concepire le circostanze che non ha piena consapevolezza o addirittura non tiene debitamente conto di quelle numerose trasformazioni subite dal diritto penale e che la visione storica impone di considerare. Con la conseguenza che una parte di questi diversi “bivi” esiste intanto in quanto le circostanze continuano ad essere concepite con alcuni caratteri ereditati dal passato e vengono fatte operare in un contesto di sistema sempre più bisognoso di riforme strutturali.

Da qui l’esigenza di un ripensamento concettuale e funzionale delle circostanze che consenta di traghettarle definitivamente nella modernità, nonché l’improcrastinabile e impendente necessità di una riforma del sistema sanzionatorio che sia in grado di risolvere alcuni fondamentali problemi “a monte” del sistema sanzionatorio (eccessiva afflittività e scarsa effettività), liberandole così da quei rischi di strumentalizzazione distorsiva che ne impedisce un impiego coerente e razionale.

1.1. *Le circostanze tra tipicità/comminatoria edittale e commisurazione della pena.*

Anzitutto, le circostanze si trovano a un bivio “statico” tra una legalità intesa come “tipicità/comminatoria edittale”, che vede come protagonista l’operato del legislatore, o comunque il soggetto/potere legittimato a forgiare il contenuto di disvalore del reato, e una discrezionalità intesa come commisurazione, o comunque concretizzazione/applicazione, della pena, che vede invece come protagonista il giudice.

Ed infatti, in origine, le circostanze hanno giocato un ruolo fondamentale nella creazione del tipo criminoso sotto un duplice profilo. Da un lato, in piena epoca premoderna, le circostanze hanno svolto addirittura la funzione di forgiare il “tipo casistico” proprio di quel periodo storico, nel senso che esse hanno costituito lo strumento per delineare una pluralità di sottofattispecie destinate a valorizzare sul piano del contenuto offensivo alcuni specifici elementi “concreti”. Dall’altro lato, nella fase di passaggio al sistema moderno incentrato sulla legalità, le circostanze hanno permesso di forgiare il “tipo tipico” proprio della modernità, nel senso che hanno consentito di distinguere il fatto “generale ed astratto”, espressivo di un disvalore “essenziale”, da quello “circostanziato”, espressivo di un disvalore “accessorio”, e quindi di “asciugare” e “sfrondare” la tipicità del fatto base da fattori comunque significativi ma appartenenti al caso concreto.

In un secondo momento, quando il principio di legalità si è affermato in tutta la sua centralità assieme al “tipo tipico”, al numero chiuso di pene e all’adozione della modalità di previsione della pena basata sul compasso edittale, se, da un lato, le circostanze hanno continuato ad avere un legame con il disvalore del fatto, dall’altro lato, a questo legame si è aggiunto quello con la commisurazione della pena, svolgendo una funzione di vincolo all’attività del giudice al momento della individuazione/quantificazione della pena. Così, sotto il primo profilo, le circostanze hanno protratto un rapporto con il disvalore del fatto nel momento in cui hanno continuato ad incidere sulla comminatoria edittale: si pensi all’incidenza “intrinseca” delle circostanze non proporzionali (autonome e indipendenti), ma si pensi anche all’incidenza delle circostanze proporzio-

nali (comuni e ad effetto speciale), rispetto alle quali l'efficacia extraeditale, pur costituendo un'opzione legislativa e una conseguenza "eventuale", risulta comunque un carattere tutt'ora presente nella disciplina della gran parte dei sistemi attuali. Sotto il secondo profilo, le circostanze sono divenute quegli indici commisurativi a loro volta "tipizzati" dal legislatore, estrapolati dall'art. 133 c.p. e collocati in un ambito fortemente condizionato dalle scelte legislative, capaci di condizionare l'attività del giudice nella individuazione della pena: in particolare, le circostanze comuni e ad effetto speciale, al netto dell'efficacia extraeditale, che — lo ripetiamo — è frutto di una scelta legislativa e un effetto eventuale, incidono sulla pena commisurata dal giudice e quindi vincolano tale attività realizzando una sorta di "commisurazione legale".

1.2. *Le circostanze operanti nella commisurazione della pena tra legalità e discrezionalità.*

In secondo luogo, proprio nell'ambito della commisurazione della pena, le circostanze si trovano a un bivio "statico" (e classico nella prospettiva moderna) tra legalità e discrezionalità, nel senso che, come accennato all'inizio, la disciplina delle circostanze può essere modulata riducendo, se non addirittura annullando, i margini di manovra del potere del giudice oppure estendendoli anche a dismisura.

Così, i mutamenti di pena possono essere fissi oppure variabili e all'interno di questi ultimi si può distinguere tra un modello forte (variazioni "da ... a ...") e un modello debole (variazioni "fino a ..."); al netto della inevitabile attività interpretativa richiesta da qualsiasi formula linguistica, esistono poi circostanze indefinite che impongono valutazioni nella selezione dei fattori a cui dare rilevanza (si pensi alle circostanze attenuanti c.d. generiche, siano esse comuni oppure speciali, basate sulla "tenuità/lievetà del fatto", nonché alla recidiva), come anche nella scelta dei criteri finalistici alla luce dei quali valutare i fattori (si pensi ancora alla recidiva); automatismi e discrezionalità possono operare inoltre sul piano dell'applicazione, nel senso che, una volta accertata la sussistenza della circostanza, si può ritenere che il giudice sia comunque "libero" di valutare se applicarla o meno (si pensi alla prassi applicativa in tema di recidiva

precedente alla riforma del 2005); ed ancora, il rapporto tra circostanze proprie e improprie può essere configurato in termini diversi a seconda che si dia rilevanza o meno alla doppia valutazione del fattore, come circostanza e come indice commisurativo, per cui se essa viene esclusa, maggiore risulta il vincolo, mentre, se viene ammessa, i margini di discrezionalità del giudice aumentano considerevolmente.

Infine, e direi soprattutto, l'alternativa tra legalità e discrezionalità nell'ambito della commisurazione si manifesta rispetto al concorso eterogeneo di circostanze, dove l'assenza di un bilanciamento è espressione di legalità, mentre la sua presenza torna ad attribuire ampi margini di discrezionalità al giudice. Ma anche una volta ammesso il bilanciamento, la disciplina di quest'ultimo risulta a un bivio tra legalità e discrezionalità, ragion per cui si può ipotizzare un bilanciamento fortemente vincolato oppure addirittura privo di vincoli. Nella prima prospettiva del vincolo, si pensi alle ipotesi in cui alcune circostanze sono escluse dal bilanciamento oppure al rapporto tra circostanze soccombenti e commisurazione tale per cui le prime operano all'interno di quest'ultima, oppure ancora alle varie ipotesi di blindatura del bilanciamento che possono esprimere ulteriori gradi di vincolo: per restare alle ipotesi più "classiche", meno rigoroso quando la blindatura riguarda la non prevalenza (ammettendosi quindi l'equivalenza), molto più rigoroso quando si esclude anche la stessa equivalenza (imponendo quindi la prevalenza). Nella seconda prospettiva della discrezionalità si pensi a un bilanciamento senza esclusioni di tipologie di circostanze oppure dove il rapporto tra circostanze soccombenti e commisurazione è tale per cui le prime non operano all'interno di quest'ultima venendo nella sostanza cancellate.

1.3. *Le circostanze aggravanti operanti nella commisurazione della pena tra istanze preventive e colpevolezza.*

In terzo luogo, sempre nell'ambito della commisurazione della pena, avuto riguardo però stavolta, più che a questioni di rapporto strutturale e di disciplina, alle problematiche finalistiche che essa pone, le circostanze, in particolare quelle aggravanti, si trovano a un bivio "statico" tra una legalità da intendersi come ingresso di istanze

generalpreventive o neutralizzanti (basate sulla pericolosità sociale) di cui tende a farsi portatore il legislatore e una discrezionalità giudiziale diretta invece a contenere tali istanze attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate e, là dove non sia possibile, operando per una dichiarazione di illegittimità costituzionale alla luce soprattutto dei principi di proporzione e di ragionevolezza. Se è vero che esiste un rapporto strutturale di *species* a *genus* tra circostanze proprie e improprie e se è vero che le circostanze proprie presentano un'omogeneità funzionale rispetto agli indici commisurativi, è evidente che dal modo in cui si concepiscono i criteri finalistici che guidano la commisurazione della pena si hanno riflessi anche sulla stessa *ratio* delle circostanze. E poiché da questo punto di vista, per rispettare il principio di proporzione, capisaldi fondamentali della commisurazione sono l'esclusione di un ruolo della prevenzione generale e una capacità a delinquere concepita non come pericolosità sociale, ma come istanze specialpreventive (rieducazione/risocializzazione) che operano al di sotto della soglia segnata dalla colpevolezza/proporzione, a rigore, conseguenza inevitabile è che, sempre al fine di rispettare il principio di proporzione, le circostanze aggravanti non possono essere unicamente espressione di istanze generalpreventive né tanto meno di pericolosità sociale, ma devono essere riconducibili alla gravità del reato apprezzabile in tutte le componenti in cui si articola.

1.4. *Le circostanze in una prospettiva di politica criminale tra afflittività e mitezza del sistema sanzionatorio complessivamente inteso.*

Infine, l'ultimo bivio davanti al quale si trovano le circostanze, bivio a carattere — per così dire — dinamico, è tra una legalità intesa come automatismi che determinano una rigorosa effettività/afflittività del sistema, rispetto alla quale le circostanze svolgono una funzione — per così dire — di modificazione *in pejus* del trattamento sanzionatorio, e una discrezionalità che rende il sistema più flessibile e meno afflittivo, rispetto alla quale le circostanze svolgono invece una funzione di modificazione *in mitius* del sistema sanzionatorio complessivamente inteso. A ben vedere, questa alternativa dipende dal contesto di sistema in cui le circostanze si trovano ad

operare e più precisamente dalla configurazione complessiva del sistema derivante da alcune scelte (o non scelte) — per così dire — a monte. In sistemi rigorosamente afflittivi sul piano della comminatoria edittale (compassi edittali o addirittura pene fisse sproporzionati) e di rigorosa effettività nel passaggio dalla irrogazione alla esecuzione della pena, le circostanze, proprio grazie alla valorizzazione della discrezionalità attribuita al giudice, tendono a svolgere una funzione di mitigazione del rigore repressivo del sistema, sia perché attenuano il carico afflittivo della pena, sia perché, conseguentemente, consentono alla pena di scendere sotto soglie che permettono l'applicazione di determinati istituti che producono effetti favorevoli al reo. Si pensi alle attenuanti indefinite, siano esse comuni o speciali, all'efficacia extraedittale delle circostanze attenuanti proporzionali e all'estensione del bilanciamento. In sistemi eccessivamente "indulgenziali" o rispetto ai quali si vuole comunque potenziare l'efficacia afflittiva, la stretta data alla discrezionalità nella disciplina delle circostanze costituisce una sorta di correttivo in chiave repressiva: intreccio con la pluralità di istituti al fine di impedire (se favorevoli) o dilatare (se sfavorevoli) la loro applicazione (si pensi al ruolo delle circostanze rispetto alla particolare tenuità del fatto [impedimento] oppure rispetto alla prescrizione del reato e alle misure cautelari [dilatazione]), automatismi applicativi, esclusioni e blindature del bilanciamento.

Andando ancora più a fondo, si può osservare come a causa della possibilità di combinare non solo la disciplina delle circostanze con particolari istituti, ma addirittura particolari circostanze con particolari istituti, le circostanze possono andare incontro a una disciplina differenziata che consente di far giocare loro allo stesso tempo un ruolo afflittivo e un ruolo indulgenziale. Si consideri quanto avvenuto rispetto alla recidiva: senza intaccare la disciplina "generale" delle circostanze, orientata a una discrezionalità indulgenziale, il legislatore ha configurato una sorta di disciplina speciale della recidiva soprattutto reiterata caratterizzata da implacabili automatismi collocati in punti strategici della disciplina con l'effetto finale di consegnare inevitabilmente il recidivo reiterato al carcere.

2. *Circostanze e “tipo/comminatoria edittale”.*

Da sempre le circostanze hanno avuto una relazione strettissima con il disvalore del fatto di reato, sia riguardo al tipo che alla comminatoria edittale. In particolare, la loro origine è proprio caratterizzata da un'intrinseca connessione col tipo. Come accennato, in epoca premoderna le circostanze sono state lo strumento per forgiare lo stesso “tipo casistico”: il giudice interveniva attribuendo rilevanza a indici fattuali significativi che svolgevano il ruolo di incidere sulla pena intanto in quanto incidevano in termini essenziali sul disvalore del fatto. Detto diversamente, l'incidenza della circostanza sulla pena costituiva il riflesso del fatto che la circostanza preliminarmente influiva sul disvalore del fatto. Com'è stato notato, « noi sappiamo che gran parte dei crimini trattati nelle pratiche corrispondono alla creazione di una fattispecie autonoma, costruita su una particolare circostanza che accompagnava una figura base di reato. Le difficoltà che quella dottrina aveva di ragionare con generalità e astrattezza, avevano portato a decostruire, poniamo, il furto, facendo nascere il furto notturno e il furto sacrilego, il balneario, il sacculario e il directario, il domestico e il campestre, il cappeggio, l'*expletatio*, il furto magno e qualche altra figura ancora. Ognuna di quelle figure altro non era che una forma di furto aggravato, elevato a fattispecie autonoma » ⁽¹⁾. Ed ancora: « in un assetto ordinamentale “aperto” [...] difettava l'idea secondo cui spettasse esclusivamente alle leggi il compito di determinare in modo tassativo tipologia punitiva e misura della stessa entro margini edittali. Tale caratteristica impedisce di rintracciare, nella criminalistica moderna, sia un'elaborazione concettuale di circostanze, sia una loro puntuale determinazione » ⁽²⁾. Con la conseguenza che « i criminalisti procedono in forma casistica: intuiscono che gli *accidentia extra delicti* incidono sulla determinazione della pena, modificandone la qualità o la quantità, ma ritengono altresì che essi appartengano più alla “fisionomia” delle singole fattispecie che ad una

⁽¹⁾ M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani 1509-1582. Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. Cavina, Udine, Forum, 2004, p. 115, nota 63.

⁽²⁾ L. GARLATI, *Radici antiche per problemi attuali: le circostanze nella legislazione asburgica*, in questo volume, pp. 54-55.

concezione del reato in generale » ⁽³⁾: quindi, « nelle pratiche criminali è indubbio che non vi sono due piatti della bilancia sui quali porre il tema delle circostanze: nessun bivio, forse, dal momento che l'*arbitrium* regna sovrano, non solo in quanto guida l'attività del giudice ma anche perché costituisce la vitalità stessa del diritto applicato » ⁽⁴⁾.

Le ragioni di questo modo di operare delle circostanze sono molteplici. Anzitutto, l'assenza della legalità e quindi nella sostanza l'attribuzione al giudice del potere di creare nuove fattispecie di reato o addirittura nuove pene: *arbitrium*, da un lato, e crimini e pene straordinari, dall'altro, costituiscono un tutt'uno che fonda il sistema premoderno ⁽⁵⁾. Ma assenza di legalità significa, in secondo luogo, assenza di commisurazione della pena. È solo attraverso la divisione tra previsione legislativa ad opera del legislatore (accompagnata dall'indicazione di un numero chiuso di pene e dal compasso edittale) e applicazione per mano del giudice tra limiti edittali, che poi assumerà rilevanza autonoma la commisurazione della pena, ponendosi poi, come vedremo, l'esigenza di vincolare ulteriormente tale attività attraverso per l'appunto le "moderne" circostanze. Andando ancora più a fondo, in virtù della coincidenza tra previsione ed applicazione del diritto, alla base del sistema sta un'idea di proporzione legata al caso concreto, concepita in termini di giustizia, invece che di garanzia. Infine, sempre in virtù dell'assenza della legalità, che implica generalità e astrattezza, la punizione si orienta al passato non tanto in termini di colpevolezza, ma piuttosto di espia-

⁽³⁾ Ivi, p. 56.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 59.

⁽⁵⁾ M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 235 ss., il quale, dopo aver esaminato i meccanismi di determinazione della sanzione nel rapporto tra pena straordinaria e commisurazione della pena, precisa efficacemente che il tema concernente il potere del giudice di "creare" nuove fattispecie « è di vitale importanza per i sistemi impostati sul principio di legalità, perché mette in discussione il monopolio legislativo dell'incriminazione. Nell'ottica giurisprudenziale del diritto comune, invece, esso non costituisce in realtà un punto problematico, serve semmai per sottolineare il ruolo del giudice nella composizione del sistema. L'*arbitrium iudicis*, agli occhi dei giuristi di diritto comune, rappresenta uno strumento che consente di "descrivere" sistematicamente la partecipazione del giudice alla creazione del catalogo concreto delle fattispecie » (p. 238).

zione, ed ha come oggetto più la persona del reo che il reato nella sua oggettività.

È proprio col passaggio alla legalità e alla scissione tra previsione e applicazione che si sviluppa la teoria della commisurazione (e in seguito quella delle circostanze moderne) e quindi anche un diverso concetto di proporzione in termini di garanzia che si salda a un catalogo astratto e predeterminato di reati, così come, attraverso la conseguente valorizzazione del bene giuridico, la punizione si orienta, se non al futuro, comunque a un passato inteso come colpevolezza/responsabilità per il fatto compiuto, destinata a incentrarsi sul disvalore oggettivo del fatto più che sulla persona del reo. E in questa nuova fase torna ad essere la presenza delle circostanze un aspetto fondamentale per forgiare — stavolta “in negativo” — il tipo criminoso “tipico”, permettendo di sfrondare il disvalore comune (essenziale) da quello connesso alla presenza di elementi specifici concreti che prima frammentavano il disvalore in una pluralità di fattispecie casistiche.

A ben vedere, questo rapporto tra circostanze e tipo criminoso/disvalore del fatto si è protratto anche nella modernità. Anzitutto, in virtù dell'efficacia extraeditale delle circostanze ⁽⁶⁾. Nel momento in cui la presenza di una circostanza è in grado di ridefinire il compasso editale è indubbio che essa continua a svolgere una funzione nella rideterminazione del disvalore “astratto” del fatto. E sul punto diviene fondamentale cogliere la grande differenza che intercorre tra le circostanze non proporzionali e quelle che invece lo sono ⁽⁷⁾. Le prime, infatti, pur se “formalmente” qualificate come circostanze, in termini sostanziali, proprio perché rideterminano “indefettibilmente” il compasso editale prima della commisurazione della pena da parte del giudice, esprimono un significato disvaloriale pienamente assimilabile a quello degli elementi costitutivi. E non è un caso che è proprio riguardo alle fattispecie specializzanti con pena

⁽⁶⁾ Per una valorizzazione di tale rapporto cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, pp. 717 ss.; A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2009, p. 639 ss.

⁽⁷⁾ Fondamentale, sul punto G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 11 ss.

autonoma o indipendente che si pone il problema della distinzione tra elementi costitutivi ed elementi circostanzianti. ⁽⁸⁾ Così come non è un caso che nel codice Rocco del 1930 proprio le circostanze non proporzionali fossero coerentemente escluse dal bilanciamento.

Le circostanze proporzionali, invece, proprio perché incidono su una pena già commisurata dal giudice sono attratte nella commisurazione della pena. Esse mantengono un legame con la comminatoria in virtù della loro efficacia extraeditale, ma si tratta di una conseguenza frutto di una scelta legislativa e che risulta meramente eventuale, ben potendo la pena finale frutto della loro applicazione rientrare nel compasso editale della fattispecie base di partenza.

In secondo luogo, risulta di estremo interesse osservare come le circostanze continuino ad avere un legame col tipo in tutte le ipotesi in cui esso viene forgiato in termini generici. Mi riferisco alle sempre più numerose ipotesi di circostanze attenuanti speciali indefinite consistenti nella particolare “tenuità/lievetà del fatto”. A ben vedere, infatti, all’interno di queste ipotesi si possono distinguere due diverse tipologie: da un lato, vi sono quelle che svolgono la funzione di attenuare in termini — per così dire — quantitativi o comunque “equitativi”, un trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso indipendentemente dai problemi di tipicità posti dalla fattispecie base che risulta sufficientemente determinata nella espressione di un disvalore omogeneo; dall’altro lato, vi sono quelle che invece svolgono una funzione attenuante a causa del fatto che la fattispecie incriminatrice base è tipizzata (o comunque interpretata) in termini così generici da ricomprendere al proprio interno fatti che alla fin fine possono esprimere un disvalore — per così dire — qualitativamente diverso e attenuato. Così, nella prima prospettiva si muovono l’attenuante prevista per il delitto di cattura di ostaggi a fronte di una pena draconiana consistente nella reclusione da venticinque a trenta anni (art. 3, l. n. 718 del 1985), quella prevista per i delitti dei

⁽⁸⁾ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziente?*, in « Diritto penale e processo », 2003, p. 302 ss. Sul tema, di recente, cfr. ampiamente F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui “criteri di distinzione”*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2011, p. 1564 ss.

pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 323-*bis* c.p.), quella per i furti in abitazione o con strappo aventi ad oggetto armi e munizioni (art. 4, comma 4, l. n. 533 del 1977), quella prevista per i reati societari (art. 2640 c.c.), nonché, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012, quella prevista per il sequestro di persona a scopo di estorsione. Nella seconda si muovono invece le circostanze di particolare tenuità del fatto previste per i delitti di spaccio (art. 73 t.u. stupefacenti), di ricettazione (art. 648, comma 2, c.p.), di violenza sessuale e atti sessuali con minorenni (artt. 609-*bis*, comma 3, e 609-*quater*, comma 4 c.p.),

In particolare, in questa seconda prospettiva paradigmatica è l'attenuante della violenza sessuale: originariamente, venuta meno la distinzione tra atti di libidine violenta e violenza carnale, la circostanza è stata pensata per recuperare la differenza di disvalore del fatto derivante dalle diverse tipologie di atto sessuale; attualmente, in considerazione del diritto vivente forgiato dalla prassi applicativa, tale circostanza potrebbe giocare un ruolo anche in ordine alle modalità della condotta, potendo trovare applicazione tutte le volte in cui la fattispecie viene applicata in assenza di una vera e propria violenza o minaccia. Inoltre, si deve osservare come, a conferma di quanto qui affermato, proprio a queste particolari tipologie di circostanze la stessa Corte costituzionale abbia finito per riconoscere una rilevanza del tutto particolare, nel momento in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4 c.p., là dove non consentiva alle tre circostanze attenuanti della particolare tenuità del fatto previste per le fattispecie di "traffico illecito" di stupefacenti, violenza sessuale e ricettazione di prevalere sulla recidiva reiterata⁽⁹⁾: si tratta infatti di una dichiarazione che alla fin fine si basa più sul particolare ruolo attenuante svolto da tali circostanze rispetto a un tipo base "generico" che sulla blindatura del bilanciamento a favore della recidiva reiterata.

Infine, la permanenza di uno stretto legame tra circostanze e

(9) Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251; Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 105; Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 106. Di recente con la sentenza n. 74 del 2016 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 69, comma 4 c.p. anche nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 73, comma 7, Testo Unico stupefacenti sulla recidiva reiterata previste dall'art. 99, comma 4, c.p.

tipo si può apprezzare là dove torna ad operare una tipizzazione — per così dire — casistica. Si pensi in particolare alle ipotesi in cui circostanze aggravanti vengono elevate a fattispecie autonome (come avvenuto per il furto con strappo e il furto in abitazione e per l'omicidio e le lesioni stradali) oppure a recenti riforme che hanno introdotto fattispecie il cui contenuto offensivo si basa sulla valorizzazione di elementi in definitiva estrinseci (si pensi alle fattispecie di lesioni di cui agli artt. 583-*bis* e 583-*quater* c.p. e a quelle di danneggiamento di cui agli artt. 635-*bis* e ss. c.p.).

3. *Il rapporto strutturale tra circostanze e commisurazione della pena.*

Come abbiamo visto, nel momento in cui si sviluppa la legalità, vale a dire la scissione tra previsione legislativa e applicazione giudiziale, nonché, conseguentemente, i vincoli alla commisurazione consistenti nella predeterminazione del numero chiuso di pene e nella comminatoria edittale, le circostanze sono divenute un ulteriore strumento di vincolo dell'attività del giudice in sede di individualizzazione/concretizzazione della pena.

Ciò è confermato anche dalla ricostruzione storica dello sviluppo di questa prospettiva. Com'è stato osservato, « se l'indagine storica viene fatta partire non dal *code pénal* del 1810 [...] ma dagli esordi illuministici della codificazione penale, apparirà chiaro come i riferimenti a sia pur embrionali sistemi di circostanze comuni del reato siano stati concepiti in quella temperie di un'intima continuità di sviluppo tra i momenti della determinazione legale e della commisurazione giudiziale della pena: non già contingente manipolazione della prima ad opera del giudice, ma coerente affermazione, attraverso la seconda, di un processo di individuazione della responsabilità penale non ulteriormente praticabile nella sede legale necessariamente governata dall'astrattezza e dalla generalità » ⁽¹⁰⁾. Tant'è vero che lo stesso sviluppo delle circostanze attenuanti definite (in origine soltanto speciali), sembra finalizzato a riportare l'eccessiva discrezionalità (l'arbitrio) giudiziale che contraddistingueva le atte-

⁽¹⁰⁾ G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, in questo volume, p. 218.

nuanti generiche comuni, all'interno di una prospettiva ispirata alla discrezionalità vincolata ⁽¹¹⁾.

Poiché le circostanze non proporzionali, trovando applicazione prima della commisurazione, incidono propriamente sulla comminatoria, sono soprattutto le circostanze proporzionali (comuni e a effetto speciale) che stringono un vero rapporto con la commisurazione della pena, in quanto incidenti sulla pena commisurata dal giudice attraverso il procedimento bifasico previsto dall'art. 63 c.p., mentre l'efficacia extraeditale è frutto di un'opzione legislativa ed è meramente eventuale. In questa prospettiva si può parlare di una sorta di "commisurazione legale", vale a dire di un "ingerenza" diretta del legislatore nell'attività commisurativa del giudice, che viene orientata e guidata in modo vincolante ⁽¹²⁾. Con la conseguenza che risulta smentita l'idea spesso prospettata soprattutto all'interno della manualistica che le circostanze svolgerebbero la funzione "finalistica" di contribuire alla concretizzazione della pena, mentre, a ben vedere, più precisamente, perseguono la finalità "modale" di pilotarla attraverso vincoli. Potendosi forse addirittura affermare che, in realtà, là dove c'è un rispetto della discrezionalità giudiziale in ambito commisurativo, magari dovuto anche a una cultura e a un buon esercizio della stessa da parte del giudice (si pensi al problema della motivazione), lo spazio riservato alle circostanze tende inevitabilmente a ridursi. Al contrario, dove si nutre una certa diffidenza verso la discrezionalità giudiziale, anche in ragione della mancata esplicitazione ed esplicazione del procedimento che porta a determinati esiti, le circostanze sono lo strumento per uscire dall'arbitrio ed entrare nella discrezionalità vincolata.

Il rapporto tra circostanze proprie e commisurazione, o meglio indici commisurativi, può essere compreso appieno solo se si collegano analogie e differenze, punti di contatto e di divergenza. Le circostanze proprie nascono dalla commisurazione: è come se il legislatore le estrapolasse dagli indici commisurativi, appropriandosene per dare loro una rilevanza e una valenza peculiari. Da qui, le analogie consistenti nel rapporto strutturale di *species a genus* delle

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 224.

⁽¹²⁾ Sul punto v. ampiamente L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, FUP, 2014, p. 191 ss.

circostanze proprie rispetto ai fattori commisurativi, ma anche nell'omogeneità funzionale sulla quale torneremo in seguito.

E nel momento in cui le circostanze proprie vengono collocate fuori dalla commisurazione, esse sono destinate ad essere assoggettate alla disciplina peculiare che le rende "legali": mentre gli indici commisurativi sono indeterminati e generici, le circostanze sono determinate, tipizzate, e capaci di esprimere una scelta valoriale più compiuta (e sotto questo profilo, come vedremo, le circostanze indefinite, soprattutto se speciali, pongono problemi del tutto particolari, coincidendo nella sostanza con gli indici di cui all'art. 133 c.p.); mentre gli indici commisurativi non hanno una valenza predeterminata, le circostanze hanno una valenza predeterminata. Ma soprattutto merita mettere in evidenza un carattere spesso trascurato, ma a mio avviso di grandissima importanza: mentre l'indice non è detto che sia preso in considerazione dal giudice, la circostanza invece determina un obbligo di presa in considerazione (da qui la totale incongruenza di circostanze "facoltative"): estrapolare una circostanza dagli indici commisurativi significa anzitutto obbligarne il giudice a prenderla in considerazione.

3.1. *Legalità e discrezionalità nell'applicazione di una sola circostanza o in presenza di concorso omogeneo.*

Ma è all'interno della disciplina delle circostanze che torna a riproporsi l'alternativa tra legalità e discrezionalità. In presenza di una sola circostanza, o comunque di un concorso omogeneo, la questione maggiormente problematica riguarda la doppia valenza ⁽¹³⁾. Già abbiamo messo in evidenza il significato sotto il profilo del vincolo e della discrezionalità espresso dalla diversa opzione di compiere o meno una doppia valutazione: maggior vincolo, in assenza, maggiore discrezionalità, in presenza. Adesso si deve osservare come la questione si possa porre in termini diversi se si segue con coerenza il differente modo di operare delle circostanze a seconda che siano non proporzionali o proporzionali. Ed infatti, in presenza di circostanze proporzionali, la doppia valenza deve essere

⁽¹³⁾ In argomento v. per tutti G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., pp. 58 ss.

necessariamente esclusa soprattutto se si tratta di circostanze aggravanti, nel nome del principio del *ne bis in idem*, come anche di proporzione, per cui, il fattore che sta alla base della circostanza non deve essere preso in considerazione nella fase di commisurazione della pena che deve avvenire prima dell'applicazione della circostanza. Diversamente, in presenza di circostanze non proporzionali, la questione della doppia valutazione si pone in termini peculiari, in quanto la circostanza incide sulla comminatoria e non sulla commisurazione, con la conseguenza che a rigore nulla vieta che il fattore che sta alla base della circostanza sia preso in considerazione due volte, visto che alla fine opera su due piani completamente distinti, prima nella comminatoria e poi nella commisurazione. E ciò a conferma del fatto che le circostanze non proporzionali, proprio per la loro intrinseca efficacia extraedittale, giocano su un piano differente, che attiene più alla determinazione del disvalore "astratto" del fatto che alla quantificazione concreta della pena.

Problemi peculiari, sono posti dalle attenuanti generiche, soprattutto se si tratta delle attenuanti indefinite speciali. Per quanto riguarda l'attenuante generica di cui all'art. 62-*bis* c.p., essa impone di selezionare all'interno dell'art. 133 c.p. un fattore che risulta particolarmente attenuante e di "estrapolarlo", con la conseguenza che rispetto a tale fattore è ben possibile escludere "tecnicamente" la doppia valenza, potendosi poi discutere se, rispetto alle circostanze attenuanti che procurano vantaggi al reo, abbia senso opporre divieti ispirati a esigenze di garanzia ⁽¹⁴⁾. Per quanto riguarda le attenuanti generiche speciali consistenti nella particolare tenuità/lievetà del fatto, il discorso è più complesso. Si deve osservare infatti che la struttura delle stesse viene nella sostanza a coincidere con i fattori commisurativi: da un lato, esse presuppongono una commisurazione della pena che non potrà che compiersi sulla base di tutti gli indici del fatto; dall'altro lato, tutti questi stessi indici utilizzati per la commisurazione della pena tornano ad assumere rilevanza ai fini della circostanza. Con la conseguenza che finisce per essere nella sostanza addirittura impensabile una preliminare determinazione della pena sulla base dei fattori di cui all'art. 133 c.p. che escludono

⁽¹⁴⁾ In argomento cfr. M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2010, pp. 208 ss.

quelli rilevanti ai fini della circostanza, visto che poi questi ultimi coincidono con i primi. In buona sostanza, commisurazione della pena e applicazione della circostanza di particolare tenuità del fatto finiscono per identificarsi. Unica strada percorribile sembra essere quella di interpretare la circostanza della particolare tenuità dando rilievo soltanto agli indici che attengono al disvalore oggettivo del fatto, ma anche questa strada non risulta plausibile, visto che a questo punto la preliminare commisurazione della pena dovrebbe essere compiuta sulla base di indici diversi dalla gravità del fatto, e cioè sulla base di indici concernenti la personalità del soggetto, che però possono essere presi in considerazione soltanto dopo aver commisurato la pena in termini di proporzione e colpevolezza e facendoli operare al di sotto di tale soglia.

3.2. *Legalità e discrezionalità in presenza di concorso eterogeneo.*

In presenza del concorso eterogeneo di circostanze l'alternativa tra legalità e discrezionalità gioca un ruolo davvero significativo. Il primo problema è tra bilanciamento o meno delle circostanze. Escluderlo significa legalità, cioè vincolo, costringendo il giudice a compiere una sorta di calcolo aritmetico predefinito dal legislatore; ammetterlo significa invece attribuire al giudice un più ampio potere discrezionale.

Una volta che si è optato per il bilanciamento, si pone il problema di come si realizza tale giudizio e soprattutto se, ancora una volta, tale attività debba essere pienamente discrezionale oppure vincolata. Sotto il primo profilo delle modalità, a me persuade l'idea di compiere un bilanciamento che faccia leva sulla comparazione tra gravità intrinseca della consistenza/intensità delle circostanze, nel senso che se le circostanze attenuanti risultano particolarmente significative nella loro portata attenuante, non possono che prevalere sulle aggravanti che invece risultano scarsamente significative, e viceversa; così come in presenza di attenuanti e aggravanti tutte significative (le attenuanti particolarmente "attenuanti", le aggravanti particolarmente "aggravanti"), l'esito non può che essere nel

senso della equivalenza ⁽¹⁵⁾. Ciò che infatti assume rilevanza nel bilanciamento è il significato complessivo attenuante o aggravante delle circostanze, nel senso che alla fin fine assume rilievo l'effetto attenuante o aggravatore in sé e per sé considerato che può essere apprezzato solo grazie alla gravità intrinseca delle stesse.

Diversamente, risulta poco plausibile l'idea più risalente di compiere una comparazione sulla base degli indici di cui all'art. 133 c.p. Se infatti, con tale operazione si vuole intendere che si devono prendere in considerazione tutti i fattori che contraddistinguono il fatto concreto, e cioè anche i fattori che sono ulteriori rispetto a quelli che integrano le circostanze, nella sostanza si viene a creare una commisurazione anticipata destinata a "mangiarsi" quella che poi si deve comunque compiere successivamente. Diversamente ha maggiore plausibilità l'idea secondo cui, con il richiamo dell'art. 133 c.p. si fa riferimento alla necessità che si compia una comparazione qualitativa, per cui, in una prospettiva oggettivistica, le circostanze che attengono alla gravità del fatto devono prevalere su quelle che attengono alla capacità a delinquere, anche perché in questo modo, come vedremo, si impedisce che quest'ultima possa sfondare il limite posto dalla gravità del reato. Tuttavia, si deve osservare come nell'ipotesi in cui all'interno della gravità del reato vi siano comunque circostanze di segno opposto, il bilanciamento non potrà che avvenire sulla base del grado intrinseco di intensità/consistenza delle singole circostanze.

Sotto il secondo profilo della maggiore o minore discrezionalità, sono due le problematiche che si pongono. Da un lato, quella relativa all'esclusione di eventuali circostanze. E sul punto risulta coerente escludere dal bilanciamento le circostanze non proporzionali che incidono sulla comminatoria edittale, come avveniva prima della riforma del 1974, mentre risulterebbe distonico l'esclusione delle circostanze proporzionali ad effetto speciale, visto che operano comunque sulla commisurazione della pena.

Dall'altro lato, si pone il problema del rapporto tra circostanze soccombenti e commisurazione. Sul tema si sono sviluppati due orientamenti. Il primo concepisce il bilanciamento come uno stru-

⁽¹⁵⁾ In argomento v. per tutti G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., pp. 208 ss.

mento di individualizzazione della pena, e quindi come un “giudizio globale del fatto”, con la conseguenza che le circostanze soccombenti non sono prese in considerazione in sede di commisurazione della pena risultando — per così dire — cancellate, attribuendo quindi ampia discrezionalità al giudice ⁽¹⁶⁾. Il secondo orientamento concepisce invece il bilanciamento come strumento di determinazione legale della pena per stabilire se un fattore debba essere valutato come circostanza propria o impropria, per cui, in caso di soccombenza, il fattore rientra nella commisurazione: com'è stato efficacemente affermato, « in particolare, occorre decidere se determinati fattori, comunque appartenenti al sostrato di fatto della misura della pena e quindi in nessun caso “cancellabili”, debbano essere valutati nella prospettiva dell'articolo 63 comma 1, se le corrispondenti circostanze *proprie* risultino prevalenti, ovvero in quella dell'art. 133 cod. pen., se le medesime siano invece ritenute soccombenti. Quando si verifica questa seconda eventualità, è assolutamente fuor di luogo parlare di *elisione* del relativo valore. Quest'ultimo troverà adeguata considerazione nella determinazione della pena base, dalla quale sarebbe stato per contro estromesso in caso di prevalenza » ⁽¹⁷⁾. E se è vero che attraverso la valutazione del fattore soccombente nella commisurazione si attribuisce rilevanza alla discrezionalità del giudice, tuttavia si può parlare di maggior vincolo alla attività complessiva del giudice, in quanto si finisce per imporre che tutti i fattori siano comunque presi in considerazione.

Infine, la questione della blindatura del bilanciamento ⁽¹⁸⁾. Non c'è dubbio che blindare il bilanciamento significa vincolare l'attività del giudice. Il punto nodale che merita attenta riflessione è la compatibilità della blindatura del bilanciamento con i principi di garanzia. In particolare, negli ultimi anni si è sviluppata una giurisprudenza costituzionale che nutre forti perplessità rispetto agli

⁽¹⁶⁾ Cfr. Corte cost., sent. 7 febbraio 1985, n. 38 e Corte cost., sent. 28 giugno 1985, n. 194, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, pp. 1294 ss., con nota di G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recedente giurisprudenza della Corte costituzionale*.

⁽¹⁷⁾ G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 200.

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. per tutti A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, Giappichelli, 2010.

automatismi. La Consulta, com'è noto, non ha un orientamento rigido verso le presunzioni assolute, vòlto a ritenerle di per sé illegittime. Le presunzioni assolute sono infatti ammesse là dove si basano su un dato di esperienza generalizzato, mentre sono illegittime se manca tale ancoraggio, risultando pertanto arbitrarie e irrazionali, con la conseguenza che se nella realtà si è in grado di individuare anche una sola ipotesi capace di contraddire la presunzione, quest'ultima deve cadere, lasciando spazio alla discrezionalità del giudice ⁽¹⁹⁾.

Se così stanno le cose, il meccanismo del bilanciamento si pone *tout court* in fortissima tensione con la ragionevolezza, non solo — e non tanto — perché la non prevalenza delle circostanze attenuanti o la prevalenza di quelle aggravanti costituisce una rigida presunzione che impedisce una valutazione di possibili indici concretamente preminenti, ma anche — e soprattutto — perché, come abbiamo visto, il giudizio di bilanciamento si deve basare sulla comparazione tra le intrinseche gravità delle circostanze sotto il profilo della loro valenza attenuante o aggravante, implicando quindi necessariamente una valutazione in concreto: in sostanza, nella blindatura del bilanciamento la presunzione preclude la valutazione della gravità delle singole circostanze che può essere apprezzata solo in concreto.

Andando ancora più a fondo, si deve osservare come questa fortissima tensione sia resa ancora più acuta nel momento in cui il bilanciamento è concepito come un “giudizio globale del fatto” (si tratta peraltro della concezione adottata dalla stessa Corte costituzio-

⁽¹⁹⁾ Con riferimento alla recidiva, tale impostazione è stata affermata in Corte cost., sentenza 10 giugno 2011, n. 183, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, pp. 2359 ss., con nota di G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, ed è stata ribadita in Corte cost., sentenza 8 luglio 2015, n. 185, in «Giurisprudenza italiana», 2015, pp. 2484 ss., con nota di R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*. Si v. inoltre la serie di declaratorie di illegittimità costituzionale relative ai rigidi automatismi concernenti l'applicazione della custodia in carcere: Corte cost. n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 331 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013; n. 213 del 2013; n. 232 del 2013; n. 48 del 2015. In argomento v. anche V. MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in «Diritto penale e processo», 2014, pp. 457 ss.

nale), dove le circostanze soccombenti non sono nemmeno prese in considerazione in sede di commisurazione della pena risultando — per così dire — cancellate.

Un recupero di razionalità può quindi essere ottenuto nel momento in cui il bilanciamento è concepito come strumento di determinazione legale della pena per stabilire se un fattore debba essere valutato come circostanza propria o impropria: in questa prospettiva, infatti, il fattore circostanziale presuntivamente considerato soccombente tornerà ad operare in sede di commisurazione, facendosi salvo un margine di discrezionalità che altrimenti risulterebbe totalmente compromesso.

4. *Il rapporto finalistico tra circostanze e commisurazione della pena.*

Le circostanze sono state attratte dalla commisurazione della pena e modernamente si sono sviluppate con e grazie ad essa, ma sul piano — per così dire — qualitativo, alla fin fine sono rimaste ancorate a una prospettiva che prescinde dal successivo sviluppo concettuale e di principio della commisurazione soprattutto per quanto riguarda la prospettiva finalistica.

È ormai acclarato che la commisurazione necessita di criteri finalistici e che per il rispetto del principio di proporzione da un lato non può operare il criterio finalistico della prevenzione generale e dall'altro la capacità a delinquere non può essere concepita come pericolosità sociale, ma come istanze rieducative e di risocializzazione, potendo operare solo al di sotto della soglia tracciata dalla colpevolezza per il fatto. In particolare, per quanto riguarda la capacità a delinquere, concepirla come pericolosità sociale finisce per produrre una ormai poco plausibile commistione tra finalità delle pene e finalità delle misure di sicurezza, le quali sono orientate più al controllo preventivo della persona e a un trattamento delle cause "patologiche" che a una incidenza sulla "normale" personalità del soggetto. Senza considerare che, rispetto all'imputabile pericoloso, essa opera due volte, sia in sede di pena, che di misure di sicurezza. Quindi opportuno interpretarla in termini di prevenzione speciale, ovvero come istanze di rieducazione e risocializzazione. Inoltre, per non violare il principio di proporzione, siffatte istanze devono essere valutate in termini negativi e quindi operare sotto la

soglia della colpevolezza, ragion per cui se si pongono esigenze rieducative, la pena può coincidere con la colpevolezza, se invece tali esigenze mancano la pena può scendere al di sotto della colpevolezza.

Ebbene, una volta attratte le circostanze in sede di commisurazione, gli aspetti appena evidenziati sono destinati ad incidere anche sulle circostanze, soprattutto aggravanti, nel senso che le stesse, oltre a non poter essere valutate due volte, non possono essere espressione di istanze generalpreventive, né di una pericolosità sociale, che oltretutto sfonderebbero il limite della proporzione tracciato dalla colpevolezza per il fatto ⁽²⁰⁾.

In questa prospettiva paradigmatica è la questione della recidiva, là dove sia interpretata come espressiva di una maggiore pericolosità sociale. Se infatti è vero che la misura della pena corrispondente alla gravità del reato costituisce un limite comunque invalicabile e che la capacità criminale può operare solo “verso il basso”, « ne consegue che anche l’aumento di pena per la recidiva, al di sopra dei limiti segnati dalla colpevolezza per il fatto, non appare compatibile con l’art. 27, primo comma, Cost., qualora della recidiva si dia lettura in chiave di maggiore pericolosità del soggetto » ⁽²¹⁾. Con la conseguenza che la recidiva non può che essere interpretata in chiave di maggiore colpevolezza, con tutto ciò che ne consegue sul piano della discrezionalità, imputazione soggettiva etc. ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Spunti in tal senso in D. PULITANO, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, ESI, 2010, p. 713, il quale, valorizzando soprattutto l’efficacia extraeditale delle circostanze, afferma che « la compatibilità costituzionale della circostanza può essere affermata, ogni volta che in essa sia trasfuso un criterio legittimo di differenziazione — *ceteris paribus* — della risposta al reato, quanto meno al livello minimale della commisurazione della pena. Ma anche in tal caso meritano attenzione ulteriori problemi, relativi alla natura e misura della differenziazione. In relazione al modello vigente, la questione cruciale concerne lo sfondamento della cornice editale di base, che alle circostanze sia collegato (sia pure come conseguenza solo eventuale). Come criterio di controllo può essere valorizzata l’idea che le circostanze (aggravanti e attenuanti), in quanto comportino una variazione degli spazi editali, siano giustificate se e in quanto concorrano a plasmare il disvalore tipico del reato circostanziato ».

⁽²¹⁾ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 360.

⁽²²⁾ In argomento, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, voce *Recidiva*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 892 ss.

Ma paradigmatiche sono anche altre circostanze comuni. Si pensi alla circostanza della clandestinità, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 249 del 2010, anche per l'impossibilità di trovare un legame razionale con il disvalore del fatto e quindi per la sua significatività in termini di mera neutralizzazione o comunque di allarme sociale. E un discorso analogo potrebbe essere compiuto anche per la circostanza della latitanza. Nonché per quella di chi ha commesso il fatto non colposo durante il periodo in cui era ammesso a misura alternativa alla detenzione in carcere, soprattutto se tale circostanza fosse interpretata in termini di maggiori esigenze specialpreventive o addirittura di pericolosità sociale, mentre assume plausibilità se interpretata in chiave di maggiore colpevolezza.

Se tutto questo è vero, allora si deve concludere che sono costituzionalmente legittime soltanto quelle aggravanti che in qualche modo attengono alla gravità del reato.

È interessante osservare come dal punto di vista storico il ruolo delle circostanze basate sulla pericolosità sociale e, più in generale sulla persona del "delinquente", sia venuto alla ribalta a seguito dell'affermarsi della scuola positiva e in particolare, a seguito della elaborazione del progetto Ferri, dove tra l'altro si prevedeva all'articolo 20, concernente la commisurazione della pena, che la sanzione si dovesse applicare "al delinquente secondo la sua pericolosità" ⁽²³⁾. E questa scelta è stata poi fatta propria nella sostanza dal codice Rocco, nel quale, da un lato, sul piano commisurativo, nonostante la prevalenza attribuita alla gravità del fatto, viene comunque data rilevanza anche alla capacità a delinquere intesa come pericolosità sociale capace di andare oltre i limiti definiti dalla gravità del reato, e, dall'altro, assume rilievo la recidiva come circostanza per l'appunto aggravante da applicare originariamente in modo obbligatorio.

5. *La funzione (distorsiva) di politica criminale svolta dalle circostanze nel sistema sanzionatorio complessivamente inteso.*

Al di là del dato normativo e di disciplina che induce a ritenere

⁽²³⁾ In argomento v. M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, in «Dir. pen. XXI secolo», 2011, pp. 315 ss.

le circostanze elementi “accessori”, per certi aspetti secondari, capaci di incidere soltanto sul *quantum* della pena, sul piano della reale ed effettiva operatività del sistema complessivamente inteso, le circostanze giocano un ruolo assolutamente decisivo: da un lato, attraverso l’attribuzione di una discrezionalità al giudice, possono determinare una flessibilizzazione e una mitigazione di un sistema eccessivamente rigoroso; dall’altro lato, attraverso automatismi, possono comportare un irrigidimento finalizzato al rigore repressivo.

Merito di GIANCARLO DE VERO, l’aver messo in evidenza come questa non esaltante ricostruzione del rapporto delle circostanze con il binomio legalità-descrizionalità declinato in prospettiva “politico-criminale”, se da un lato rispecchia fedelmente le più recenti vicende legislative che hanno interessato il nostro sistema penale, dall’altro lato costituisce un “vizio” risalente, « fino ad intaccare quasi dall’origine la moderna evoluzione delle circostanze del reato » ⁽²⁴⁾.

Ed infatti, la stessa circostanza attenuante comune indefinita (c.d. generica) nasce originariamente (codice napoleonico del 1810) come un correttivo in sede di commisurazione alle eccessivamente rigorose comminatorie edittali e, in seguito (reintroduzione nel nostro sistema nel 1944 subito dopo la caduta del regime fascista), tale circostanza svolge un ruolo chiave anche nel bilanciamento per neutralizzare eventuali aggravanti particolarmente afflittive. Si può parlare di una sorta di funzione equitativa, di temperamento della comminatoria in sede di commisurazione. E identico ragionamento può essere fatto per quelle attenuanti speciali sempre indefinite che, come abbiamo visto, non sono ancorate alla generica tipizzazione della fattispecie base, ma svolgono per l’appunto una analoga funzione “equitativa”.

Inoltre, la stessa efficacia extraeditale delle circostanze attenuanti proporzionali, essendo frutto di una scelta legislativa, sembra svolgere ancora una volta una funzione equitativa rispetto a comminatorie edittali eccessivamente afflittive.

Per converso, la rilevanza attribuita alle circostanze aggravanti per la prima volta nel codice Rocco (accompagnata dalla mancata previsione delle attenuanti generiche), risulta ispirata a una logica

⁽²⁴⁾ G. DE VERO, *Le circostanze del reato*, cit., pp. 215 ss.

repressiva, giocando un ruolo molto significativo anche nel momento in cui le circostanze si legano ad altri istituti che incidono in varia guisa sulla punibilità: originariamente a istituti sostanziali (si pensi alla prescrizione) e in seguito anche a istituti processuali (riforme del 1984 ⁽²⁵⁾).

Inoltre, le stesse circostanze aggravanti che si ispirano alla pericolosità sociale, e in particolare la recidiva soprattutto se connessa ad una applicazione obbligatoria, perseguono una finalità repressiva, emergendo con tutta la sua forza la funzione di commisurazione legale.

Infine, una finalità repressiva può essere colta anche in quell'orientamento del legislatore che porta ad accostare circostanze proporzionali come quelle ad effetto speciale alle circostanze non proporzionali (autonome e indipendenti), non potendosi dimenticare che le circostanze ad effetto speciale, proprio perché proporzionali, non attengono alla comminatoria, ma alla commisurazione della pena: custodia cautelare, arresto in flagranza, particolare tenuità del fatto e, nonostante il silenzio della legge, secondo un'interpretazione giurisprudenziale, messa alla prova ⁽²⁶⁾.

Venendo ai giorni nostri, si deve osservare come due tra le più significative riforme “di sistema” degli ultimi decenni abbiano riguardato proprio le circostanze, in termini perfettamente speculari sul piano finalistico, una volta al fine di mitigare (la riforma del 1974), l'altra invece al fine di affliggere (la riforma del 2005). Nella prima prospettiva, il giudizio di bilanciamento venne esteso anche alle circostanze autonome e indipendenti oltre che a quelle inerenti alla persona del colpevole, e ciò al fine di attenuare i livelli sanzionatori. Nella seconda prospettiva, la disciplina della recidiva subì un'autentica rivoluzione, venendo tracciato rispetto al recidivo,

⁽²⁵⁾ V. per tutti G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, pp. 49 ss.

⁽²⁶⁾ Cass. pen., Sez. VI, 30 giugno 2015-10 settembre 2015, Fagrouch, in « CED Cass. », n. 36687/2015, secondo la quale la contestazione di una aggravante ad effetto speciale — ma a rigore il ragionamento potrebbe essere esteso, direi a maggior ragione, anche alle circostanze autonome, che prevedono una pena più grave di specie diversa, e a quelle c.d. indipendenti, che determinano un nuovo e più elevato compasso editale — determinerebbe un superamento del limite editale previsto dell'applicabilità dell'istituto.

soprattutto se reiterato, uno statuto differenziato che determinava una sua discriminazione repressiva in una prospettiva carcerocentrica neutralizzante e segregazionista ⁽²⁷⁾. Da un lato, stando alla lettera della legge e alle intenzioni del legislatore, si tornò alla obbligatorietà per le ipotesi di recidiva pluriaggravata e reiterata, alle quali venne aggiunta quella nuova di cui all'art. 99, comma 5, c.p., sempre obbligatoria, prevedendo anche aumenti fissi di pena per tutte le ipotesi, tranne che per la recidiva aggravata. Dall'altro lato, si estesero notevolmente gli effetti indiretti della recidiva fino addirittura alla fase dell'esecuzione. In particolare, per quanto riguarda gli effetti indiretti in sede di commisurazione, la riforma proseguì nella sua finalità di ridurre i margini di discrezionalità del giudice, partendo dai seguenti caratteri della disciplina da modificare: una volta ritenuta sussistente la recidiva, poiché prima si opera il bilanciamento e poi la commisurazione delle circostanze, la recidiva poteva essere neutralizzata; inoltre, tale neutralizzazione era quasi certa in virtù della pressoché automatica concessione delle attenuanti generiche e dell'esito del giudizio di bilanciamento nel senso della prevalenza di queste ultime; nel reato continuato l'aumento per la recidiva non veniva in sostanza mai calcolato. Ecco allora che al fine di tornare a dare effettiva rilevanza alla recidiva, alla obbligatorietà si aggiunse la restrizione dell'ambito applicativo delle circostanze generiche in presenza del recidivo reiterato (art. 62-bis, comma 2, c.p.), la blindatura del bilanciamento nel senso della non prevalenza delle attenuanti (art. 69, comma 4, c.p.) e la previsione di un minimo edittale in ordine all'aumento della pena fino al triplo del cumulo giuridico (art. 81, comma 4, c.p.).

Com'è noto, gran parte di questa rivoluzione, che portò a un sovraffollamento carcerario disumano e alla conseguente condanna dello Stato italiano da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 3 CEDU, è stata neutralizzata dalla Corte costituzionale ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 (l. 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione)*, in «Legisl. pen.», 2006, pp. 443 ss.; L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di F. Giunta, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 40 ss.

⁽²⁸⁾ Sul punto sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in «Diritto penale e processo», 2012, n. 12, *Gli Speciali*, pp. 14 ss.

Infine, non si può fare a meno di osservare come attualmente si sia consolidato un altro *trend* che mostra lo stato davvero paradossale in cui versa ormai il nostro sistema, e cioè quello di perseguire l'obiettivo repressivo attraverso addirittura l'innalzamento dei minimi delle comminatorie edittali, come avvenuto per le fattispecie di corruzione con la recente riforma (l. 27 maggio 2015, n. 69): ciò si lega senza dubbio alla disciplina della prescrizione, ma anche alla volontà di impedire che le circostanze attenuanti, con la loro efficacia extraedittale possano comportare un abbassamento di pena tale da consentire l'applicazione di istituti come il patteggiamento o la sospensione condizionale della pena e la messa in prova ⁽²⁹⁾.

6. *Conclusioni in prospettiva di riforma.*

La disamina che abbiamo compiuto mostra come le circostanze si trovino davanti a molteplici “bivi”, in quanto non si è ancora preso del tutto consapevolezza di alcune trasformazioni di fondo che ha subito il diritto penale e non si è ancora avuto il coraggio e la forza di compiere riforme del contesto sanzionatorio in cui esse si trovano ad operare.

Preliminarmente si deve osservare che senza incidere a monte sul sistema sanzionatorio non sembra possibile alcun ripensamento delle circostanze. Un sistema meno afflittivo non solo sul piano delle comminatorie edittali, ma prima ancora sul piano delle tipologie sanzionatorie (sistema non più carcero-centrico, ma basato su pene principali diverse dal carcere), e più effettivo (con stretta agli istituti sospensivi), consentirebbe di ridurre quella strumentalizzazione delle circostanze per finalità repressive o indulgenziali, rendendole — per così dire — più neutre e quindi capaci di svolgere in modo

L'ultima tappa di questo processo di smantellamento della disciplina originaria della recidiva si è avuta con la sentenza n. 185 del 2015, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 99, comma 5, c.p. nella parte in cui veniva sancita l'applicazione obbligatoria. In argomento sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in « Giurisprudenza italiana », 2015, pp. 2484 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in « Diritto penale e processo », 2015, pp. 808 ss.

razionale e coerente la loro funzione in sede di commisurazione della pena, valorizzando il rapporto dialettico tra legalità e discrezionalità.

All'interno di questo scenario, purtroppo sempre meno realistico, anzitutto si potrebbe eliminare la connessione che intercorre tra circostanze e tipo/comminatoria edittale. Se le circostanze sono state legate alla comminatoria edittale in virtù della loro originaria connessione con il tipo, adesso questo legame sembra poter essere tranquillamente spezzato per ricondurle definitivamente nell'ambito della commisurazione. Com'è stato efficacemente notato, « la modulazione di cornici edittali, oggi affidata a circostanze, potrebbe essere trasferita, in tutto o in parte, sul sistema delle pene edittali previste per autonome figure (speciali) di reato. Possiamo pensare, cioè, ad un sistema che sciogla la *comunione forzosa* di due piani che nell'attuale modello delle circostanze si ricombinano in modi non sempre soddisfacenti e talora francamente distorcenti » ⁽³⁰⁾. In questa prospettiva, le circostanze non proporzionali dovrebbero ormai essere considerate fattispecie autonome, eliminando così anche il problema della distinzione tra elementi costitutivi ed elementi circostanzianti. Anche perché non si può fare a meno di osservare come, nonostante la riforma del 1990, questa disciplina finisca comunque per porsi in tensione con il principio di personalità della responsabilità penale: se è vero che le circostanze non proporzionali, in quanto incidenti sulla comminatoria edittale, incidono preliminarmente sul disvalore "astratto" del fatto, si assiste comunque ad una imputazione soggettiva che non è pienamente conforme al principio di colpevolezza, visto che pur essendo stata superata l'originaria imputazione oggettiva, l'attuale meccanismo di imputazione si accontenta comunque di un qualcosa di meno (la mera conoscibilità) rispetto alla piena esplicazione della colpevolezza che nei reati dolosi richiede invece la conoscenza effettiva.

In secondo luogo, si dovrebbero eliminare le circostanze attenuanti generiche, in quanto verrebbe meno la loro funzione equitativa. A meno che non si decida di operare in un senso completa-

⁽³⁰⁾ D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 715 s.

mente “diverso”, vale a dire valorizzando aspetti che si ispirano ad istanze umanizzanti per non dire addirittura di compassione ⁽³¹⁾.

Una volta ricondotte nella commisurazione della pena, il primo passaggio da compiere è quello di operare un intervento sulla “qualità” delle circostanze. Avere consapevolezza in sede di commisurazione dei criteri finalistici costituzionalmente orientati, significa porre il limite invalicabile della gravità del reato e interpretare la capacità a delinquere come istanze specialpreventive (rieducazione/risocializzazione) che possono operare solo al di sotto della soglia predetta. Ciò comporta che le circostanze devono riferirsi e modulare la gravità del reato, eliminando così tutte quelle che sono slegate dal disvalore del reato ed esprimono istanze generalpreventive o di pericolosità sociale. Con conseguenze fondamentali sulla recidiva compatibile con la Costituzione solo se concepita in termini di maggiore colpevolezza (si ricordi che ciò apre ulteriori problemi di razionalità del sistema rispetto agli effetti indiretti della recidiva, quando quest’ultima si intreccia a istituti rispetto ai quali non può che assumere una *ratio* di maggiore pericolosità sociale ⁽³²⁾).

Dopo di che si aprono due questioni di fondo. La prima riguarda l’efficacia extraeditale delle circostanze proporzionali. A rigore, una volta operata una rideterminazione dei compassi edittali, dovrebbe essere eliminata anche tale efficacia. Sicuramente ciò vale per le circostanze aggravanti. Più complesso il discorso per le circostanze attenuanti: « se attenuanti premiali (per il risarcimento del danno, per condotte riparatorie, per la collaborazione processuale) sono destinate a restare nel sistema, è bene che la misura del premio resti evidenziata, come diminuzione di una pena base pure espressamente commisurata in ragione del commesso reato, e diminuita in ragione della condotta riparatoria, anche al di sotto del minimo edittale » ⁽³³⁾.

Seconda questione davvero centrale: come fare operare le circostanze in sede di commisurazione della pena. Non c’è dubbio che l’attuale modello teorico, basato sulla preliminare commisurazione

⁽³¹⁾ M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche*, cit., pp. 223 ss.

⁽³²⁾ In argomento, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2013, pp. 1695 ss.

⁽³³⁾ D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 718.

della pena e sulla successiva applicazione della circostanza risulta irrealistico, oltre che incapace di raggiungere l'obiettivo di vincolare la discrezionalità del giudice. In presenza di una sola circostanza o di un concorso omogeneo, prima si commisura la pena, senza che i fattori circostanzianti vi debbano incidere, e poi si applicano le circostanze valutandole ciascuna separatamente. In presenza di un concorso eterogeneo, il meccanismo è ancora più complesso per non dire farraginoso: prima si compie il giudizio di bilanciamento; poi si realizza la commisurazione della pena, dentro la quale non si dovrebbero considerare le circostanze prevalenti mentre si dovrebbero considerare quelle soccombenti; alla fine si applicano le circostanze che sono risultate prevalenti all'interno del bilanciamento e che per l'appunto non devono essere state valutate in sede di commisurazione della pena. Inoltre, ammesso che venga data piena attuazione a un meccanismo del genere, si deve considerare che la variazione delle circostanze proporzionali risulta spesso discrezionale, maggiore se basata sul modello debole ("fino a ..."), minore se basata su quello forte ("da ... a ..."). Risultato finale è che il giudice parte da una previa valutazione del livello di pena ritenuto appropriato, e poi ricostruisce a ritroso la pena base e le successive variazioni in modo da pervenire al risultato voluto. Ed anche l'accorgimento di operare tutte le variazioni in presenza di un concorso eterogeneo di circostanze (soluzione adottata da tutti i progetti di riforma del codice penale, ad esclusione del progetto Grosso), non è in grado di risolvere i problemi, poiché, ancora una volta, le circostanze si applicano quando la pena è già stata commisurata. Insomma, il difetto maggiore del modello teorico vigente sta proprio nel fatto che prima si commisura la pena e poi si applicano le circostanze. E fino a quando ciò potrà accadere, si darà vita a un meccanismo troppo complesso, capace di vincolare solo se rigorosamente attuato, e comunque in termini eventuali, visto che il giudice potrà sempre neutralizzare il ruolo delle circostanze grazie alla preliminare commisurazione.

Non meraviglia quindi l'idea di chi propone di concepire le circostanze come criteri di commisurazione nominati e orientati ⁽³⁴⁾,

⁽³⁴⁾ G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, ESI, 2009, p. 187; nello stesso senso, D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 715.

soluzione che tuttavia non sembra essere in grado di realizzare un vero e proprio vincolo dell'attività commisurativa, non essendo oltretutto ben chiaro come dovrebbero operare siffatti criteri, se sulla pena commisurata (ripresentandosi così il problema appena visto) oppure come veri e propri indici commisurativi (che tuttavia il giudice potrà sempre non prendere in considerazione).

Di estremo interesse risulta quindi la soluzione adottata nel codice penale spagnolo che alla fin fine ribalta il rapporto tra circostanze e commisurazione, nel senso che prima si applicano le circostanze e poi si compie l'attività di commisurazione. Al di là del fatto che tale disciplina mantiene un'efficacia extraeditale che tuttavia è opportuno e possibile eliminare, l'aspetto fondamentale è che le circostanze non fanno altro che rideterminare il compasso edittale all'interno di quello della fattispecie base e la commisurazione è compiuta all'interno di questo nuovo compasso. In questa prospettiva si potrebbe pensare a una meccanismo del genere: in presenza di una sola circostanza attenuante o di una sola circostanza aggravante, il giudice dovrà commisurare la pena entro la metà inferiore o superiore del compasso edittale (come avviene in Spagna); in presenza di più circostanze attenuanti o aggravanti, il giudice dovrà commisurare la pena nello spazio tra il minimo edittale e l'1/4 superiore oppure tra il massimo edittale e l'1/4 inferiore (in Spagna il concorso omogeneo ha invece efficacia extraeditale); in presenza di concorso eterogeneo, si opera un bilanciamento, il cui esito, però, continua ad esplicare effetti sulla rideterminazione dei limiti edittali all'interno dell'originario compasso edittale, per cui se l'esito è nel senso della prevalenza di aggravanti oppure attenuanti, la pena dovrà essere commisurata nella metà superiore oppure nella metà inferiore. Così operando, le circostanze continuerebbero ad incidere sulle comminatorie edittali, ma non con efficacia *extra*, bensì *infra* rispetto al compasso originario, potendosi così raggiungere davvero l'obiettivo di vincolare l'attività di commisurazione del giudice, la quale non potrebbe più essere compiuta per neutralizzare la valenza delle circostanze.

LOREDANA GARLATI

RADICI ANTICHE PER PROBLEMI ATTUALI:
LE CIRCOSTANZE NELLA LEGISLAZIONE ASBURGICA

1. L'antefatto: le pratiche criminali. — 2. L'insospettabile *Theresiana*. — 3. La *Giuseppina* a un bivio. — 4. Legalità e discrezionalità: il difficile connubio nel codice del 1803.

1. *L'antefatto: le pratiche criminali.*

Scorrendo la sterminata bibliografia in tema di circostanze, si nota come la letteratura abbia nel tempo percepito questa *controversa categoria penalistica* ⁽¹⁾ quale crocevia concettuale, definitorio e nominalistico ⁽²⁾. Il 'bivio tra legalità e discrezionalità' ne costituisce forse la più efficace espressione: esso palesa infatti il tentativo di conciliare (con esiti incerti) scelte aprioristiche del legislatore e margini di intervento lasciati alla magistratura.

Il termine stesso *discrezionalità* si è prestato a letture ambivalenti: ora è stato inteso come forma essenziale di equità del caso concreto (si dichiara l'inattuabilità di una tipizzazione delle circostanze, non potendo prevedere in astratto l'incidenza e il [dis]valore delle infinite variabili associate ad un'azione criminosa) ⁽³⁾; ora lo si

(1) Così A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Milano, Giuffrè, 2000.

(2) A mero titolo esemplificativo e prendendo spunto da alcuni titoli cfr. F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1964, pp. 1019-1073, ora in Id., *Scritti di diritto penale*, I, 1, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 299 ss.; G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, pp. 49 ss.

(3) F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 100. Cfr. anche P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1986, pp. 139-140.

è concepito come esito di una mera scelta tecnica non imposta ontologicamente (il legislatore ha preferito non tipizzare quanto pur astrattamente tipizzabile) ⁽⁴⁾.

La disciplina delle circostanze si configura dunque come una di quelle ‘zone aperte’ che la legge ha creato per consentire un apporto giudiziale nella commisurazione delle pene ⁽⁵⁾, a fronte del tentativo — fallimentare, come aveva insegnato il codice penale rivoluzionario di Lepeletier del 1791 — di stabilire sanzioni fisse per ciascuna tipologia delittuosa.

La discrezionalità (che secondo il passo di Manzoni riportato da Floriana Colao in apertura del suo saggio fu il diverso e più gradito *nomen* dato all’inviso *arbitrium* ⁽⁶⁾, oggetto di una critica serrata dall’Illuminismo in poi) e la legalità (conquista ambita proprio negli anni in cui l’interpretazione del giudice veniva ridotta a un mero esercizio dichiarativo-letterale) ingaggiano tuttavia in tema di circostanze (ma non solo: basti pensare all’accertamento della verità in sede processuale e ai relativi mezzi di prova) un tenace ‘braccio di ferro’: quali limiti vincolanti introdurre al potere di quantificazione della sanzione e quale perimetro di libertà concedere in risposta alle sempre più avvertite esigenze di una individualizzazione della responsabilità penale ⁽⁷⁾?

⁽⁴⁾ G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963, pp. 78-79.

⁽⁵⁾ Tuttavia, come vedremo, le circostanze non solo influiscono sulla sanzione ma in alcuni casi incidono anche sulla funzione di determinare il fatto criminoso in sé. Cfr. A. MANNA, *Circostanze del reato*, in « Enciclopedia giuridica », VI, Roma, 1993, pp. 1 ss.

⁽⁶⁾ A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Ed. Nazionale ed Europea delle opere di Alessandro Manzoni, vol. 12, Milano, Centro Nazionale degli Studi Manzoni, 2002, cap. II, pp. 47-49.

⁽⁷⁾ Sui profili funzionali delle circostanze nel codice Rocco cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 581-706. L’autore evidenzia tuttavia come le circostanze ottengano non tanto l’effetto di una ‘concretizzazione’ della pena di fatto applicabile quanto quello di un ampliamento dei margini edittali della sanzione prevista (ivi, p. 596). Il tema è particolarmente avvertito con riferimento alle cd. attenuanti generiche di cui all’art. 62 bis, definite facoltative in quanto il giudice non sarebbe obbligato a tenerne conto nella determinazione della pena (così, ad esempio, R. GUERRINI, *Le circostanze del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 287). Secondo altri, invece, il compito del giudice consisterebbe in una valutazione discrezionale di presupposti legali, anche se non tassativamente predeterminati, con la conseguente obbligato-

La questione ha radici antiche. Senza dimenticare il contributo del diritto romano classico e delle opere dei maestri medievali, è nelle *Pratiche criminali* ⁽⁸⁾ del tardo diritto comune che si comincia a riflettere su elementi costitutivi e ‘accidenti’ del reato, introducendo questioni e nodi oggetto di analisi nel lungo periodo. L’essenza e l’eventualità, la sostanza e l’elemento accessorio, l’immutabile che definisce il nucleo della fattispecie e la variabile che incide

rietà di tutte le circostanze una volta accertatine i presupposti, come a dire che non è rimessa al giudice la decisione di farne o meno operare gli effetti (in questo senso F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2001⁴, p. 416). Pongono altresì profili problematici le cd. circostanze generiche o indefinite, qualora le disposizioni rimettano a criteri di valore indeterminati l’aumento o la diminuzione della pena, come avviene nel caso in cui la norma faccia riferimento alla particolare tenuità o gravità del fatto. Sono in particolare le aggravanti indefinite a sollevare perplessità sulla possibile conciliazione con il principio di legalità (T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 234). Si vedano di recente i dibattiti sul *revirement* giurisprudenziale relativo all’aggravante per futili motivi, il cui parametro di valutazione, indispensabile per una sua corretta individuazione, si è modificato proprio in virtù di una ‘nuova’ interpretazione della norma suggerita dalla Corte di Cassazione; v. P.F. POLI, *Sull’aggravante dei futili motivi. Nota a Cass. Pen, I, sentenza 29 marzo 2012 (dep. 1 agosto 2012, n. 31454)*, in « Diritto penale contemporaneo », 21 dicembre 2012. Sul tema della individualizzazione della pena si veda il bel lavoro di M. PIFFERI, *L’individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁽⁸⁾ Le *Pratiche criminali* rappresentano un genere letterario che ha dominato la criminalistica di diritto comune e contribuito a fornire il materiale di costruzione delle prime legislazioni processualpenalistiche (basti pensare, ad esempio, alla *Constitutio criminalis Carolina* del 1532, all’ordinanza di Luigi XIV del 1670, alla *Constitutio criminalis Theresiana* e ai successivi codici austriaci cui si farà riferimento nei successivi paragrafi: cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007), I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 19-20). Si tratta tuttavia di un’etichetta classificatoria che ancora attende di essere riempita di contenuto, superando gli steccati ristretti offerti dalla mera intitolazione delle opere. In via di prima approssimazione, si potrebbe affermare che una *pratica* si distingue da generi giurisprudenziali affini in quanto si prefigga di trasporre per iscritto le linee portanti del penale ai fini di registrare l’esistente e al tempo stesso tracciarne i percorsi evolutivi e non contenga (o almeno non in via prioritaria) disquisizioni dottrinali astratte né casistica giurisprudenziale fine a se stessa: l’una e l’altra (dottrina e casistica) sono utilizzate a piene mani, ma al solo scopo di suffragare l’indicazione dell’*ordo procedendi*. Le *pratiche* si staccano dal mero commento ordinato per titoli e materie per cercare una razionalizzazione della materia penalistica, sostanziale e processuale (pur nell’uso dialettico dei *limita*, *amplia*, ecc.).

ai fini sanzionatori senza modificare la natura del delitto diventano nelle *pratiche* terreno di riflessione e di indagine.

Il codice attuale precisa che le circostanze agiscono sulla determinazione della pena, aggravandola o attenuandola, qualora tali circostanze non rappresentino elementi costitutivi del reato (artt. 61 e 62 c.p.). Uno stesso fattore infatti può in alcune occasioni integrare una circostanza e in altre concorrere a definire il *corpus* del reato, secondo strategie e scelte proprie del legislatore e non in ragione di una presunta qualità intrinseca del fatto in sé: superata l'idea di una distinzione ontologica, la differenza riposa esclusivamente sulla previsione positiva ⁽⁹⁾. Non sempre è agevole comprendere se un elemento rivesta l'uno o l'altro ruolo, anche se le conseguenze derivanti dallo specifico inquadramento possono rivelarsi rilevanti e diverse ⁽¹⁰⁾.

Agli albori della scienza penalistica la demarcazione presentava contorni sfumati e confusi. Individuare gli *essentialia delicti* cui contrapporre gli *accidentalialia delicti* era questione spinosa: essa coinvolgeva la costruzione stessa del penale e la elaborazione di categorie concettuali che finivano per investire tanto la teoria del reato quanto la disciplina sanzionatoria. In una dottrina penalistica *in fieri*, priva di un'ipotesi astratta di delitto in genere, la distinzione tra elementi essenziali del delitto e altri irrilevanti ai fini della corrispondenza del fatto al modello delittuoso rende illusorio l'eventuale sforzo del lettore odierno di rinvenire nelle *pratiche* la sistematizzazione di un tema come quello delle circostanze. Non si deve infatti dimenticare che il sistema di diritto comune, forgiato dalla prassi (fosse essa dottrinale o giurisprudenziale, pur con la precisazione che la distinzione è spesso più teorica che effettiva, esistendo un circuito di auto alimentazione tra enunciazione e attuazione), si connota a lungo per la mancanza d'un vero e proprio principio di legalità penale: in un assetto ordinamentale 'aperto', in altri termini, difettava l'idea secondo cui spettasse esclusivamente alle leggi il compito di determinare in modo tassativo tipologia punitiva e misura della stessa entro

⁽⁹⁾ MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 737-755.

⁽¹⁰⁾ Cfr. ad esempio G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in « Cassazione penale », 2007, pp. 2815-2843.

margini edituali. Tale caratteristica impedisce di rintracciare, nella criminalistica moderna, sia un'elaborazione concettuale di circostanze, sia una loro puntuale determinazione.

L'uccisione del *pater*, dell'infante ⁽¹¹⁾ o della moglie (ossia, come le definisce il cinquecentesco criminalista padovano Marcantonio Bianchi ⁽¹²⁾, le relazioni che « nos correlativum appellamus » ⁽¹³⁾) oppure con particolari metodologie, quali l'uso del veleno, sono elementi costitutivi che determinano un diverso *nomen* dell'omicidio (parricidio, infanticidio, veneficio) e ne rappresentano al tempo stesso la sostanza o sono da considerarsi circostanze che vanno ad incidere sulla pena base dell'*homicidium* (innalzandola o riducendola)?

In alcuni casi è evidente la risposta, come per il ricorso alla violenza nel caso di ratto: qui, nonostante l'aggravamento della pena, la *vis* non agisce come circostanza ma come elemento che connota il *factum* e ne muta la sostanza. Ma che dire del tempo, ad esempio, o dell'agire di notte o di nascosto ⁽¹⁴⁾?

Stessi interrogativi sorgono per il luogo. Rubare in chiesa, ad esempio, trasforma il semplice furto in un'ipotesi più grave come il

⁽¹¹⁾ Si pensi in questo senso alla lunga diatriba interpretativa sorta con riguardo alla disciplina dell'infanticidio nel codice Zanardelli: dottrina e giurisprudenza si collocavano su posizioni distanti circa la possibilità di considerare l'uccisione di infante figura speciale di reato oppure ipotesi circostanziata e attenuata di omicidio [cfr. L. GARLATI, *La fine dell'innocenza. L'infanticidio nella disciplina dell'Italia postunitaria*, in « La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate », vol. 2, fasc. 1-2 (2012), pp. 31-40].

⁽¹²⁾ M.G. DI RENZO VILLATA, *Bianchi Marcantonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, il Mulino, pp. 251-252.

⁽¹³⁾ M.A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Venetiis, ex Officina Stellae, 1556, n. 70, f. 50.

⁽¹⁴⁾ « Delitti commessi occultamente, e da nascosto si puniscono più gravemente quando siamo in genere permissorum, perché chi fa da nascosto, quello che poteva fare alla scoperta si presume in dolo; ma quando siamo in genere di cose proibite di sua natura si punisce più gravemente chi delinque alla scoperta per lo scandalo che ne dà ». Così M. A. SAVELLI, *Pratica universale*, Parma, Per Paolo Monti, 1717, § *Delitti*, p. 108. La massima era stata enunciata chiaramente da G. CLARO, *Opera omnia*, Lugduni, sumptibus Philippi Tinghi florentini, 1575, L.V, § *Finalis*, q. 60, n. 20, vers. *Sed an*, f. 432.

sacrilegio. Ma il luogo è semplice aggravante o elemento costitutivo di diversa fattispecie delittuosa ⁽¹⁵⁾?

Le *pratiche* si addentrano con difficoltà nell'irto campo della enucleazione di ciò che è sostanza del reato e degli *accidentia, augmenta, diminutiones* che aggravano e diminuiscono la pena, senza intaccare la natura delittuosa di un fatto o la sostanza del singolo reato. I criminalisti procedono in forma casistica: intuiscano che gli *accidentia extra delicti* incidono sulla determinazione della pena, modificandone la qualità o la quantità, ma ritengono altresì che essi appartengano più alla 'fisionomia' delle singole fattispecie che ad una concezione del reato in generale.

Si pensi a quanto già affermava Marcantonio Bianchi:

praemitto secundum philosophos dari decem praedicamenta et eodem modo secundum legum determinationem quae sunt substantia, qualitas, quantitas, ubi quando situm esse ⁽¹⁶⁾.

Egli individuava i « praedicamenta quae dicuntur accidentia seu qualitates » nell'essere il delitto lieve o atroce, manifesto o non manifesto « rixa, grasatio, expillatio, violentia, petulantia »: ognuna di queste qualità distingueva un delitto dall'altro ⁽¹⁷⁾. Secondo questa impostazione, la definizione nominalistica ambigua (si affiancano e si pongono quasi come alternativa sinonimica *accidentia* e *qualitates*, ossia l'eventuale e l'essenza) si ripercuote negli esiti finali: modificando la struttura del delitto base con l'aggiunta di un elemento si plasmava in realtà una nuova figura, ossia una *species* del più ampio *genus*.

Siamo ancora nella perdurante fase in cui la questione delle circostanze riguarda più i singoli illeciti che non la teoria del reato.

Una soluzione intermedia era adottata da Tiberio Deciani, che riservava all'interno del suo *Tractatus* un capo concernente *de substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, finendo tuttavia per seguire la strada usuale: evitarne la trattazione nella parte generale e rinviarla nella sede ritenuta più opportuna, ossia quella dedicata alle specifiche fattispecie delittuose.

⁽¹⁵⁾ BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., n. 69, f. 50.

⁽¹⁶⁾ Ivi, n. 57, f. 49.

⁽¹⁷⁾ Ivi, n. 66, f. 49.

Non sorprende che sia Deciani a offrire una riflessione sul punto: come evidenziato da Michele Pifferi, fu soprattutto il giurista udinese a cercare di circoscrivere il concetto di delitto, con una nuova attenzione all'uso terminologico. Incidono, in proposito, il gusto umanistico e la sensibilità filologica, che alcuni giuristi maneggiavano non già come raffinato gioco erudito bensì a fini pratici, nella convinzione che per la *scientia iuris* la chiarezza lessicale fungesse da presupposto indefettibile della conoscenza: così spiegavano i trattati culti *de verborum significatione*, premessa della *cognitio rerum* ⁽¹⁸⁾. Deciani, con apparente semplicità, prodromica invece a ponderose osservazioni nel futuro, confessa:

mihi commodius visum est prius generalia omnia, et quae communia sunt omnibus delictorum speciebus [*sic*], pertractare, ut facilius postea cognoscantur ipsae species ⁽¹⁹⁾.

Ciò consente al giureconsulto friuliano di svolgere la trattazione secondo un preciso ordine metodologico: descrivere in via preliminare ciò che è necessario debba concorrere perché il fatto dell'uomo integri un delitto (gli *universalia*) e successivamente ciò che può determinare o un aumento o una diminuzione della sanzione.

Troviamo forse qui espresso il primo o il più chiaro tentativo definitorio delle circostanze:

« Ea igitur quae concurrere debent ad esse et substantiam delicti, principaliter sunt ista: Lex, quae multiplex est, ut infra videbimus. Secundo voluntas et animus delinquendi. Tertio factum ipsum. Quarto iniuria, sive damnum patientis: haec enim tantum esse puto, quae ad essentiam delicti sunt necessaria, quae nostri substantialia vocant [...]. Accidentia autem, quibus delictum incrementum vel diminutionem suscipit, sunt, quae neque substantiam, neque naturam delicti attingunt, sed extra sunt, et per quae delictum, quod sui natura leve erat, fit atrocius, et e contra, quod atrox erat, fit leve. Haec quae etiam circumstantiae appellantur, possunt adesse, et

⁽¹⁸⁾ M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 169-262.

⁽¹⁹⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, t. I, lib. II, Venetiis, apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1590, cap. IV, nn. 1 e 3, ff. 19-20.

abesse citra subiecti, idest delicti extinctionem, prout et in reliquis omnibus humanis actibus » ⁽²⁰⁾.

Non manca anche in questo caso un repertorio, seppure in via esemplificativa, delle situazioni che potevano integrare gli *extra delicti*: nel *Tractatus* Deciani riassume le posizioni fino a quel momento espresse dai *doctores*, tra chi riteneva che le *circumstantiae* fossero nove (quantità, qualità, relazione, luogo, tempo, fatto, passione, *situs et habitus*) e chi, con qualche differenza, ne individuava sette (causa, persona, luogo, tempo, quantità, qualità ed evento). Un inventario che, ampliato rispetto a Bianchi o a Claro ⁽²¹⁾, ne recepiva tuttavia le linee direttrici.

Si nota anche come in alcuni casi queste 'qualità' fossero elevate a criterio determinativo dell'elemento soggettivo. Così, il numero delle ferite serviva per determinare il grado di intenzionalità dell'agente, distinguendo l'omicidio intenzionale da quello d'impeto ⁽²²⁾. In ciò si ravvisa un'embrionale ma ancora confusa riflessione su temi di futura competenza criminologica.

Vi è quindi più uno sforzo elencativo che elaborativo. Situazioni eterogenee vengono accumulate per il solo fatto di essere incidenti ai fini della determinazione della pena. E così età, ubriachezza, furore, tentativo, recidiva vengono ricondotti tutti ad un ideale catalogo, che in realtà valeva a fini processuali (l'aver o meno provato ciascuno di questi elementi poteva determinare l'assolu-

⁽²⁰⁾ *Ibidem*. « Sugli *accidentia* o *circumstantiae* l'autore è breve e precisa solo che non riguardano né la sostanza né la natura del delitto, ma *extra sunt*, restano estranei ad esso ed hanno la proprietà di 'specializzare' il fatto commesso » (PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 211).

⁽²¹⁾ Anche un *pater praticorum* come l'alessandrino Giulio Claro si limita ad accogliere partizioni tradizionali: la distinzione tra delitti pubblici e privati fondata sulla qualità del soggetto che promuove l'azione penale, spettando la prima al *quisque de populo*, la seconda alla sola parte lesa; tra delitti nominati, dotati cioè di un *nomen iuris* come il furto o l'adulterio, e innominati, come gli atti che integravano le ipotesi di verberare, percuotere, *ingredi domum alienam*; tra delitti lievi, atroci e atrocissimi, aprendosi qui una diatriba che costrinse il Nostro ad affermare che sul punto non esisteva una regola certa, ma tutto era lasciato all'arbitrio del giudice. Esaurita questa breve dissertazione, Claro procede ad esaminare singole figure delittuose in ordine alfabetico, senza tentare una costruzione di sintesi e definitoria del concetto di reato (G. CLARO, *Opera omnia*, cit., § *Primus*, ff. 187-190).

⁽²²⁾ BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., n. 67, f.50.

zione o la condanna di un soggetto) anziché per costruire una teorica del penale sostanziale ⁽²³⁾.

Lo sforzo, tuttavia, non va sottovalutato, dal momento che consentì una sorta di prima ricognizione sulla quale la dottrina via via affinò i propri studi, distinguendo gli elementi soggettivi e di colpevolezza (i criteri di imputazione soggettiva) dalle vere e proprie circostanze.

Nelle pratiche criminali è indubbio che non vi sono due piatti della bilancia sui quali porre il tema delle circostanze; nessun bivio, forse, dal momento che l'*arbitrium* regna sovrano, non solo in quanto guida l'attività del giudice ma anche perché costituisce la vitalità stessa del diritto applicato.

Tuttavia l'affermazione del principio di legalità e l'avvento della codificazione non determinarono in modo automatico l'enucleazione del concetto di circostanza e le sue modalità operative. Il tema della commisurazione della pena (in ragione del quale si svolgeva il ragionamento della criminalistica raccolta nelle *pratiche*) resta centrale, con una sostituzione della legge all'*'arbitrio'* giudiziale, ma concedendo tuttavia allo stesso margini di intervento *'discrezionale'*.

2. *L'insospettabile* Theresiana.

Per meglio comprendere il senso di questo *'bivio'*, è utile elevare a paradigma di riferimento la normativa austriaca, che, a dispetto di quanto comunemente ritenuto, ha finito per elaborare una disciplina capace di esercitare una qualche influenza nell'esperienza codicistica successiva, anche e soprattutto italiana.

È possibile prendere le mosse dalla spesso bistrattata e misconosciuta *Constitutio Criminalis Theresiana* ⁽²⁴⁾. Testo dal volto sicuramente arcigno (le asperità si attenueranno, anche se non

⁽²³⁾ Cfr. CLARO, *Opera omnia*, cit., L. V, § *Finalis*, q. 60, ff. 427-436.

⁽²⁴⁾ Nota soprattutto per il feroce apparato repressivo e il ferreo sistema inquisitorio, la *Theresiana* si presenta comunque come un primo efficace tentativo di unificazione del penale nel territorio asburgico, benché il suo ambito di applicazione fosse poi di fatto circoscritto ai territori ereditari della corona austriaci e boemi. Sull'opera rimane rilevante il contributo di E. VON KWIATKOWSKI, *Die Constitutio Criminalis Theresiana. Ein Beitrag zur Theresianischen Reichs- und Rechtsgeschichte*, Innsbruck, Wagner Verlag, 1903..

scompariranno del tutto, nelle normative successive grazie a Joseph von Sonnenfels, che da giurista emarginato divenne fidato consigliere di corte), ma contenente spunti interessanti in tema di circostanze. A partire dalla collocazione.

La *Theresiana* contempla una parte dedicata alla trattazione del reato in generale e qui inserisce, con un'intuizione destinata a rappresentare un modello nei secoli a venire, la disciplina delle circostanze, distinte in attenuanti e aggravanti e operative con riferimento a tutti i reati. L'elenco presenta quelle forme 'piuttosto didattiche' ⁽²⁵⁾ tipiche del fraseggio e della tecnica legislativa asburgica che si avvale di un metodo espositivo scientifico-dottrinale e non sinteticamente precettivo, tanto da avvicinare la normativa a un trattato giuridico ⁽²⁶⁾. Ancora una volta, inoltre, sotto un'unica 'coperta' linguistica si raccolgono snodi concettuali diversi. Nella omnicomprensiva dicitura *circostanze che alleggeriscono il delitto stesso e che in seguito mitigano la pena* si condensano tanto elementi escludenti l'imputabilità del soggetto o la sua punibilità, quanto vere e proprie circostanze mitiganti, in un assemblaggio ancora informe ma non per questo meno intrigante.

Se la *mancanza di cervello* (secondo la dizione della norma) impedisce l'irrogazione di una pena (così avviene per il *furioso* e l'*insensato*, ad esempio), sempre che nel soggetto non si alternino momenti di lucidità e sia impossibile per il giudice stabilire esattamente il *tempus commissi delicti* (nel qual caso, in ragione di una sorta di *favor rei*, andrebbe applicata la pena più mite) ⁽²⁷⁾, la

⁽²⁵⁾ Così si era espresso E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Milano 1906, p. 574. Si veda anche L. ZUPPETTA, *Corso completo di legislazione penale comparata*, I, Torino, 1852, p. 80.

⁽²⁶⁾ Sarebbe questo uno degli elementi assunti per individuare nel codice austriaco del 1803 e in quello francese del 1810 due modelli alternativi di codificazione: A. CADOPPI, *Il « modello » rivale del code pénal. Le « forme piuttosto didattiche » del codice penale universale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, rist. anast., Padova, Cedam, 2001 pp. XCV-CXLI.

⁽²⁷⁾ *Constitutio criminalis thesiana ovvero Costituzione criminale di Sua Sacra Cesarea Regia Apostolica Maestà d'Ungheria, e Boemia etc. M. Theresa arciduchessa d'Austria etc.*, a Vienna, stampato presso Giovanni Tomaso nobile di Trattner, 1769, I parte, art. 11, § 3, p. 20. Si tratta dell'edizione ufficiale in lingua italiana che, sebbene

stupidità d'animo, la totale insensataggine che affligge i sordomuti, l'ubriachezza (distinta in accidentale, casuale o volontaria) agiscono come diminuenti della pena, avendo sempre riguardo, per la punibilità, alla verificata capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della consumazione del delitto (28).

Grande spazio è poi riservato all'età, definita *causa mitigante* e graduata come criterio di imputabilità sia nei giovani che negli anziani (29), mentre l'errore e l'ignoranza possono rilevare fino a divenire delle vere e proprie esimenti: chiara attestazione che fossero soprattutto la consapevolezza, la volontarietà dell'azione e il grado di deliberazione a determinare la conseguente pena.

Tra le circostanze attenuanti si annoverano la collera o la *commozione d'animo*, provocate senza giusta causa o partecipazione colposa dell'agente, in grado di produrre un risentimento tale da determinare « inconsideratamente e subitamente nel bollore primo » una reazione violenta, seguita da un altrettanto immediato penti-

porti « la data ufficiale del 1769, è stata con ogni probabilità realizzata nel 1773, dopo che l'imperatrice aveva sanzionato, il 31 dicembre 1772, la traduzione italiana da lei stessa ordinata con risoluzione del 13 aprile 1769 » (E. DEZZA, *Il nemico della verità. Divieto di difesa tecnica e giudice factotum nella codificazione penale asburgica (1768-1873)*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. MILETTI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 27, nt. 27).

(28) *Constitutio criminalis thesiana*, cit., art. 11, §§ 4-5, pp. 20-21.

(29) La *Thesiana* riserva all'età giovanile una minuziosa partizione: l'infante, ossia il minore di sette anni, è, in via ordinaria, esente da pena, ad eccezione del caso in cui il giudice rilevi una precoce malizia nei *cattivi fanciulli* e una sufficiente capacità di discernimento. Le modalità correzionali si risolvono nell'uso di verghe per la battitura, rimessa o ai genitori o ai precettori su ordine del giudice. L'impubere che abbia compiuto quattordici anni può godere di un parziale beneficio: la mancata sottoposizione alla pena capitale. Qualora però si tratti di reati atrocissimi e « la malizia superi l'età », sarà possibile ricorrere al taglio della testa, con eventuali esacerbazioni in ragione delle circostanze. Nel limbo dell'età compresa tra sette e quattordici anni il giudice deve verificare a quale dei due estremi dell'intervallo temporale si avvicini maggiormente l'agente e applicare la pena conseguente. Per l'infrasedicenne, maggiore di anni quattordici, la pena ordinaria è esclusa qualora non « s'iscoprìsse una primaticcia malizia, ma piuttosto buona speranza di futura emenda ». Per quanto invece riguarda l'età senile, la legislazione asburgica precisa che ai fini della pena non si debba avere riguardo al « numero degli anni » quanto alla « qualità del corpo e della mente » (ivi, art. 11, § 6, pp. 21-22).

mento ⁽³⁰⁾; la violenza, il timore, la necessità (dove, più che dettare una disciplina, la norma si limita a porre all'ideale destinatario una serie di interrogativi, dalla cui soluzione dipende o meno la riduzione della pena) ⁽³¹⁾, l'obbedienza al comando di un superiore (ciò che conta in questo caso è il grado di autorità, di potere e di credito che un soggetto può vantare nei confronti di un sottoposto e la possibilità di discernere tra il vero e proprio ordine e il mero consiglio o richiesta) ⁽³²⁾.

E sono altresì *cause mitigative* situazioni processuali, quali la mancanza del *corpus delicti* a fronte di un reo confesso, una lunga prigionia non addebitabile all'imputato (e di cui occorreva accertare eventuali responsabilità nei funzionari amministrativi) soprattutto se protratta nella « fredda stagione d'inverno », accompagnata da « tenue mantenimento circa il vitto e il vestito ». Anche errori procedurali, traducendosi in un inaccettabile prolungamento dei tempi del processo (e della prigionia dell'accusato), si risolvevano nell'irrogazione di una pena straordinaria più mite per ragioni di economia processuale (evitare « la riassunzione d'un nuovo ritardante processo »), soprattutto qualora si trattasse di lievi reati. L'efficienza nell'amministrazione della giustizia, obiettivo precipuo della politica asburgica, si risolve in un bilanciamento tra istanze garantistica (il « non lasciare contro dovere più lungamente languire nelle carceri il delinquente ») e adeguata punizione del colpevole ⁽³³⁾.

Erano invece *causae et motiva quae non ad viam iustitiae sed ad viam gratiae pertinent* alcuni comportamenti del *reus* o talune caratteristiche personali, quali la spontanea confessione, anticipatrice di ogni denuncia, in grado di agevolare la scoperta di un reato che avrebbe potuto rimanere occulto o dal quale il colpevole avrebbe potuto ancora prender le distanze fuggendo (viceversa, consegnan-

⁽³⁰⁾ Ivi, art. 11, § 8, 1°, p. 22.

⁽³¹⁾ Per valutare l'incidenza di tali situazioni, l'interprete era chiamato a chiedersi se esse avessero potuto influenzare l'azione di un soggetto non facilmente impressionabile, se fossero stati approntati adeguati mezzi di difesa, se non vi fosse stata una colpevole concorrenza, incorrendo volontariamente nel pericolo. Esaminati poi lo stato particolare di ciascuno e le qualità psico-fisiche, occorreva stabilire fino a che punto la pena potesse essere mitigata o addirittura rimessa (ivi, art. 11, § 8, 2°, p. 22).

⁽³²⁾ Ivi, art. 11, § 8, 3°, p. 22.

⁽³³⁾ Ivi, art. 11, § 10, p. 23.

dosi alla giustizia, egli denotava un sincero pentimento); la precedente condotta di vita; la collaborazione nell'individuazione di complici; i meriti verso la patria; la nascita nobile; la « parentela ragguardevole »; il perdono dell'offeso o le « fervorose intercessioni »; la capacità di un genitore di superare l'amore filiale, anteponendovi quello dell'interesse pubblico, consegnando spontaneamente un proprio figlio « resosi reo di qualche misfatto ». Il monito rivolto al giudice qualora avesse ravvisato l'esistenza di queste situazioni era di non lasciarsi « commuovere à mitigare la pena prescritta dalla legge », poiché era esclusivamente riservato al potere sovrano di intervenire con *atto grazioso* ⁽³⁴⁾. Il giudice era tenuto ad irrogare la pena ordinaria, limitandosi eventualmente a segnalare il ricorso di tali 'circostanze' al re, unico *dominus* a cui spettava decidere se « preporre la dolcezza e clemenza al rigore o di lasciar tuttavia il corso a quanto prescrivono le leggi » ⁽³⁵⁾.

La miscela di situazioni racchiuse nel § 11 in parte si colloca in continuità rispetto all'*ancien régime* (basti pensare al 'valore' attribuito ai nobili natali, che riproponeva l'assetto cetuale della società), in parte rivela la 'filosofia' pedagogica e statuale mitteleuropea (ne è un esempio la sottoposizione a giustizia di un figlio da parte degli stessi genitori).

Interessante altresì quanto il testo prevede in tema di circostanze aggravanti, dove si dichiara espressamente di non voler trattare quelle che cambiano la qualità di un misfatto (trasformando ad esempio l'omicidio semplice in proditorio o in assassinamento per strada o avvelenamento): per la *Theresiana* si tratta di elementi che costituiscono la sostanza di singoli misfatti, per ciascuno dei quali è prevista una specifica pena e la cui disciplina è rinviata alla seconda parte del codice ⁽³⁶⁾.

Si enuncia dunque con chiarezza il principio che vi sono 'situazioni' che aggravano sì il reato base, ma ne trasformano la specie, divenendo requisiti essenziali di ciascun singolare delitto. Invece, in quella che potremmo ormai considerare la configurazione di una

⁽³⁴⁾ Ivi, art. 11, § 11, p. 23.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ *Constitutio criminalis theresiana*, cit., art. 12, § 1, p. 24.

parte generale del diritto penale, si collocano le circostanze comuni, valide per ogni tipo di reato, quelle che, come recita il testo,

non cangiano il delitto in quanto alla sua qualità, ma che tuttavia attirano a sé un qualche esasperamento della prescritta pena ⁽³⁷⁾

e che sono dalla *Constitutio* stessa definite *ordinarie*. « Sta in petto e saggio arbitrio del giudice » inasprire la pena laddove emergano circostanze aggravanti, valutando altresì se l'aggravamento possa consistere nel cambiamento della tipologia sanzionatoria rispetto a quella prescritta per il delitto in oggetto.

Sono considerate circostanze ordinarie il grave scandalo che deriva dal reato; il fatto che il delitto sia eccessivamente temerario o sia stato per « troppe fiate reiterato »; la mancanza di emenda in un soggetto già ammonito per la sua mala vita o castigato o perdonato ⁽³⁸⁾; il mancato impedimento da parte dei genitori, dei superiori o della pubblica autorità del delitto fino ad arrivare ad una loro compartecipazione; la qualità dell'offeso (come accade qualora venga lesa la patria o la magistratura) o il suo stato di minorità (quando il soggetto danneggiato sia persona debole, malata, povera o degna di compassione o affidato alla cura e alla custodia dell'agente); la corruzione di giovani, che li induca al crimine; l'associazione a delinquere; il luogo (sacro o nascosto); il tempo (di notte o in situazioni di calamità, quali la peste, la guerra o le inondazioni) ⁽³⁹⁾, sciogliendo così il nodo gordiano sul valore del *locus* e del *tempus* che ancora nelle *pratiche* presentava, come si è visto, 'natura' ambigua.

Conclude il gruppo di norme dedicate al tema la disposizione secondo la quale si deve badare che

la mitigazione o l'exasperazione della pena venga misurata o secondo

⁽³⁷⁾ Ivi, art. 12, § 2, p. 24.

⁽³⁸⁾ Si noti come il pentimento dell'imputato sia insistentemente richiamato dalla *Theresiana*, agendo su un duplice binario: la sua presenza induce a mitigare la pena, la sua assenza ad inasprirla. Non è qui in gioco la finalità della sanzione (l'emenda esula dagli scopi della pena, anche quando i canoni utilitaristici siano impiegati *à la* Beccaria), quanto una sorta di ravvedimento intimo, personale, spontaneo, cui la legge austriaca, in linea con la sua miscela di istanze laico-morali, riconosce una premialità.

⁽³⁹⁾ Ivi, art. 12, § 5, pp. 24-25.

la qualità del reato stesso o della persona del reo, o di quella dell'offeso, o ben'anche dietro varie altre circostanze ed amminicoli, cioè con qual'animo, e preparazione, in che luogo, e tempo, o in qual maniera e modo siasi eseguito il delitto ⁽⁴⁰⁾.

Si tratta di una norma di chiusura e al tempo stesso enunciatrice dei criteri ispiratori del legislatore e di guida per l'operato del giudice.

3. *La Giuseppina a un bivio.*

L'eredità della *Theresiana* fu raccolta e proseguita, con alcune discontinuità, dal codice giuseppino, promulgato nel 1787, archetipo del successivo codice del 1803. È qui che compare chiara ciò che tanto la scienza quanto la legislazione avevano cercato di far emergere, sia pure in forma embrionale: una parte generale del diritto penale in contrapposizione ad una parte speciale ⁽⁴¹⁾, un'architettura in linea con la decisione di Giuseppe II di smarcarsi dall'eredità delle *pratiche* e dallo stretto connubio tra diritto sostanziale e processuale, per far « acquisire alla disciplina penale l'identità autonoma » che fino a quel momento era mancata ⁽⁴²⁾ (e che verrà di nuovo persa nel successivo codice del 1803).

Sposato il principio di legalità, solennemente annunciato nel paragrafo di apertura del codice, quasi chiave di lettura dell'impostazione di base ⁽⁴³⁾, ed eretta sull'elemento soggettivo (dolo e colpa) la differenza tra tipologie delittuose (si distingue tra delitto criminale e politico e in quest'ultima categoria lo stretto principio di legalità

⁽⁴⁰⁾ Ivi, § 7, p. 25.

⁽⁴¹⁾ « Nella plurimillenaria esperienza del diritto penale non vi era mai stato nulla di simile » (S. VINCIGUERRA, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale giuseppino*, in *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene*, rist., anast., Padova, Cedam, 2005, p. XXVII).

⁽⁴²⁾ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano, Giuffrè, p. 296.

⁽⁴³⁾ « Non ogni trasgressione di legge è delitto criminale: ma soltanto quelle violazioni delle leggi dovranno considerarsi e trattarsi per delitti criminali, che col presente codice vengono dichiarate espressamente tali », in *Codice generale sopra i delitti e le pene*, s.l., 1787 (d'ora in poi *Codice generale* (1787), parte prima *Dei delitti criminali e delle pene criminali*, cap. I, § 1, p. 1).

mostra qualche inevitabile cedimento), il § 14 del codice impone al giudice, cui è demandata l'inflizione delle *pena criminale* ⁽⁴⁴⁾, di osservare un giusto equilibrio fra delitto e pena e vagliare scrupolosamente a questo fine tutte le circostanze ⁽⁴⁵⁾. Si tratta della traduzione normativa di quanto enunciato nella patente di promulgazione. Quest'ultima annunciava tra le finalità del testo — e, nel contempo, sua ragion d'essere — quella di trovare « la giusta misura tra delitti e pene » per « dare mediante una legge generale anche alla giustizia punitiva una precisa direzione »: per questo motivo occorreva « allontanare ogni arbitrio ».

L'evoluzione semantico-concettuale (*à la* Manzoni) si era compiuta, anche se non del tutto, come si preciserà: la discrezionalità era strumento contemplato e concesso dal legislatore per raggiungere gli obiettivi proposti, un ausilio indefettibile per tradurre il diritto in giustizia. Di contro, l'arbitrio, che finiva per imporre un processo evolutivo-creativo a carattere giurisprudenziale, scalzando il potere legislativo, non poteva trovare posto nella visione asburgica legalistica e centralista, che mirava, attraverso la semplificazione legislativa e amministrativa, a rafforzare il proprio potere e, di conseguenza, l'autorità dello Stato.

La fine delle pene arbitrarie è sancita formalmente dal § 19:

fuori delle pene criminali determinate in questo Codice non dovrà d'or in avanti più aver luogo ne' delitti criminali alcun altro genere di supplizio,

mentre la esclusività della previsione codicistica anche in tema sanzionatorio, con conseguente abrogazione di ogni eventuale altra fonte concorrente, è enunciata nel § 12, per il quale

la pena deve commisurarsi a norma della presente legge senza punto aver riguardo alle costituzioni, che potessero forse vegliare nel luogo, in cui sarà stato commesso il delitto.

Il 'bivio' tra legalità e discrezionalità si materializza nel codice giuseppino nei §§ 13 e 14. Nel primo si intima al giudice di attenersi alla letterale disposizione della legge che prescrive genere e grado del castigo

⁽⁴⁴⁾ Ivi, cap. II, §10, p. 5.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, cap. II, § 14, p. 6.

né potrà esso senza severa responsabilità mitigare o inasprire la pena decretata dalla legge. Molto meno potrà farsi lecito di cambiare il genere del castigo e di togliere totalmente la pena mediante un compenso tra il delinquente e il danneggiato ⁽⁴⁶⁾.

È il drastico ripudio di ogni forma di giustizia negoziata ⁽⁴⁷⁾. Non solo. Nella disposizione la centralità della legge domina incontrastata, e solo intendendo la *severa responsabilità* cui il magistrato è richiamato nell'aggravare o attenuare le pene quasi come una 'qualità d'animo' e un saggio uso della discrezionalità, e non come un divieto a inasprire o mitigare la sanzione stabilita (l'espressione assumerebbe in questo caso un diverso significato: si dovrebbe ritenere *responsabile* penalmente o in via disciplinare il magistrato che osasse attenuare o aggravare le modalità punitive dettate *ex lege*, mettendo in atto un comportamento vietato dal § 13) si delinea un quadro non palesemente contraddittorio della disciplina. Se infatti il § 13 sembra configurare il '*giudice meccanico e nullo*' di impostazione montesquieiana, l'enunciazione di principio trova un correttivo nella disposizione successiva, dove si combina legalità della predeterminazione dei criteri da seguire per quantificare la pena e discrezionalità del giudice per realizzare la proporzione tra fatto e pena concreta, anche se si tratta di una « libertà di commisurazione a dosaggio ridotto e minacciosamente controllato » ⁽⁴⁸⁾.

È il crudele apparato punitivo a evidenziare le difficoltà di coniugio tra legalità e discrezionalità. L'*Allgemeines Gesetz* scompone infatti la pena in tre gradi secondo la durata (e ogni grado in

⁽⁴⁶⁾ Ivi, cap. II, § 13, p. 6. Il medesimo principio è affermato nel § 8 della seconda parte del codice dedicato ai delitti e alle pene politiche. Vi si legge infatti: « nel commisurare le pene dovrà il magistrato politico attenersi alla presente legge punitiva. Esso però non potrà né cambiare il genere delle pene, né inasprire o mitigare il grado siffatto dalla legge, solamente in quanto il grado medesimo avrà diversi limiti di maggiore o minor rigore o durata, dovrà nella precisa commisurazione della pena avanzarsi o declinarsi maggiormente verso gli estremi di esso grado secondo le circostanze del delitto e del reo, ed a norma di quanto nel § 14 della prima parte resta prescritto al giudice criminale » [Codice generale (1787), cit., parte seconda *De' delitti politici e delle pene politiche*, cap. II, § 8, pp. 75-76].

⁽⁴⁷⁾ SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 4-9; Id., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale*, cit., II, pp. 1223-1245.

⁽⁴⁸⁾ CAVANNA, *Storia*, cit. p. 298.

ulteriori due e ognuno dei due in tre gradi di intensità), mentre il § 23 lascia al giudice determinare la durata della stessa nel rispetto del § 14. Tuttavia la determinazione *ex lege* non esclude del tutto l'arbitrio e il termine apparentemente rimosso dal frasario legislativo ritorna ad affacciarsi sul palcoscenico delle modalità esecutive delle sanzioni. Ad esempio, alla rigorosa, puntuale e quasi maniacale descrizione delle modalità in cui si svolge la prigionia, scomposta in durissima, dura e mite, si accompagna l'indeterminatezza del lavoro pubblico di cui al § 31, dove si legge che i gradi di inasprimento restano rimessi « all'arbitrio del giudice criminale »; altrettanto vale per le legnate o bastonature, il cui numero di colpi e la loro ripetizione dipendono dal prudente arbitrio del giudice, come recita il § 32, avendo riguardo alla costituzione corporale e forza del malfattore, con il solo limite dei cento colpi per volta, considerato insuperabile. Il codice giuseppino quindi da un lato limita la discrezionalità (o arbitrio?) del giudice, dall'altro vi rimanda, in quel sottile (e a volte ambiguo) ma inevitabile gioco di equilibri che connota l'intera legislazione di matrice austriaca.

Il § 14, in via generale, distingue non tra aggravanti e attenuanti, ma tra circostanze che riguardano il delitto (il grado di malizia, la gravità delle conseguenze, il tipo di danno provocato ⁽⁴⁹⁾ e le maggiori o minori possibilità di adoperare precauzioni per prevenirlo) e quelle relative alla persona del delinquente (una fragilità riconducibile all'età giovanile — « più a portata [*sic*] ad essere sedotta e più incauta » —, ripetuti precedenti castighi subiti ed eventuale pericolo di ricadute). Si tratta di una combinazione di fattori eterogenei, di carattere oggettivo e soggettivo, dove a criteri strettamente personali, come l'età, si affianca la recidiva (o, *rectius*, un suo possibile rischio valutato in forma prognostica). Questa norma « che sembra la madre del nostro art. 133 c.p. » ⁽⁵⁰⁾ introduce

un variegato sistema di circostanze (ripreso dalla Teresiana), che sono

⁽⁴⁹⁾ Un esempio di attuazione del principio generale è rappresentato dal § 32 della seconda parte del codice, dove si afferma che in caso di furto di frutta di campagna o di legna in bosco libero la pena base (ossia le bastonate) poteva essere inasprita a seconda del maggior o minor dolo intervenuto e del danno recato al derubato [*Codice generale* (1787), cit., parte seconda *De' delitti politici e delle pene politiche*, cap. IV, § 32, p. 86].

⁽⁵⁰⁾ VINCIGUERRA, *Un penalista del XXI secolo*, cit., p. XXXII.

altrettanti elementi essenziali del reato (evitando quella infelice distinzione fra elementi essenziali ed elementi accidentali del reato che ancora ci affligge e ci complica la vita, dato il differente regime di imputazione) ⁽⁵¹⁾.

Più che indicare le circostanze, la preoccupazione della *Giuseppina* è di prevedere una regola di indirizzo riguardante la modulazione della misura della pena secondo la gravità del reato. La disposizione è sì rivolta al magistrato, ma indirizza anche la mano del legislatore, il quale la fa propria, ad esempio, nel § 117, riguardante l'esposizione d'infante, dove l'aggravamento è previsto in ragione del luogo (l'abbandono in luogo solitario, remoto o operato in modo tale da rendere difficile l'individuazione dello stesso), della qualità dell'agente (esposizione intrapresa da persona cui la legge di natura o civile impone l'obbligo di cura) e della morte conseguente all'esposizione, mentre l'attenuazione opera in caso di esposizione in luogo frequentato. In caso di omicidio, invece, rilevano la soppressione della vittima perpetrata con particolare crudeltà o la morte inflitta ai propri genitori, ai figli, al coniuge (§§ 92-93). A sua volta la gravità, che è il metro di commisurazione della pena, è determinata dalla « malizia che accompagna il fatto », concetto particolarmente insisto, dal momento che è su di esso che

l'imputazione del delitto ha il suo fondamento, senza punto riferirsi alla qualità della mente, o altre circostanze della persona cui il misfatto è diretto ⁽⁵²⁾.

La raffinatezza con cui il codice si avvicina alla disciplina dell'elemento psichico del reato, trattando elementi che solo successivamente la riflessione dottrinale distinguerà secondo le forme tipologiche della imputabilità, evidenzia la volontà del legislatore di affinare l'approccio alla questione delle circostanze rispetto alla precedente *Theresiana*. Racchiusa la nozione di dolo nei §§ 2 e 3 (con la prefigurazione dell'attuale concetto di preterintenzionalità e di dolo eventuale), il legislatore nel § 5 annovera tra le cause di esclusione dell'imputabilità molte delle ipotesi che la normativa del 1769 configurava come circostanze attenuanti: l'essere mentecatto o

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²⁾ *Codice generale* (1787), cit., parte prima *Dei delitti criminali e delle pene criminali*, cap. I, § 6, p. 3.

totalmente privo di ragione, l'aver agito in un tale stato di alterazione e di pazzia da privare il soggetto della libera determinazione, l'ubriachezza non preordinata all'azione criminosa, l'età puerile identificata con i minori di anni 12, la forza insuperabile o l'errore ⁽⁵³⁾.

4. *Legalità e discrezionalità: un difficile connubio nel codice penale del 1803.*

Sulla strada maestra tracciata dalla *Giuseppina* si incammina anche il codice austriaco del 1803 che perpetua sulla presenza o meno del dolo la distinzione tra delitti e contravvenzioni, i primi costituiti dalla « pravità dell'intenzione », le seconde coincidenti con i comportamenti colposi.

Come già il codice del 1787, l'articolato in questione enuncia la previsione del dolo diretto, indiretto, eventuale e della preterintenzione. Nel § 1 del codice austriaco, dunque, troviamo espressa una compiuta riflessione su temi tuttora dibattuti in dottrina, mentre nel § 2 convivono eterogenee situazioni, accomunate dalla idoneità ad escludere la « prava intenzione ». Non si ritrova contemplata solo la colpa (fondamento delle gravi trasgressioni di polizia) ma anche fattori di non imputabilità, alcuni idonei ad escludere la capacità di intendere e di volere (quali l'infermità mentale, l'età dell'infraquattordicenne, l'ubriachezza accidentale), altri la volontà (l'errore, il caso, la negligenza, la forza maggiore). Il legislatore austriaco si preoccupa di fissare i presupposti soggettivi dell'imputazione del delitto attraverso il riconoscimento di un principio di colpevolezza *ante litteram*. E nel definire il dolo non fa che accogliere il lavoro dottrinale di secoli, imprimendo al testo normativo un carattere 'scientifico'.

Tuttavia, oltre che come criterio di imputazione soggettiva, talune di queste situazioni operano anche in veste di circostanza attenuante. Mi riferisco, nello specifico, all'età e a quella fascia

⁽⁵³⁾ Per una disamina articolata del contenuto del § 5 e del rapporto tra imputabilità e libero arbitrio nel codice giuseppino cfr. A. MANNA, *Il codice penale austriaco del 1787. Della « maliziosa intenzione » e della « libera volontà »*, in *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene*, cit., pp. LXXIII-CVII.

costituita da soggetti imputabili (il maggiore di quattordici anni non ancora ventenne), meritevoli di un'attenuazione di pena. Spettava al giudice valutare, caso per caso, se e quanto l'immaturità riconducibile al fattore anagrafico incidesse sulla effettiva (e non astratta e aprioristicamente presunta) capacità di intendere e di volere. L'età agiva, in questo modo, non tanto sotto il profilo dell'imputabilità (il soggetto era considerato in via presuntiva imputabile e destinatario della norma penale), quanto su quello della punibilità: « se il reo non è ancora dell'età di vent'anni, s'è debole di mente, o se la sua educazione è stata molto trascurata » (§ 39) la sanzione poteva essere mitigata.

La valutazione discrezionale del giudice sulla pena applicabile lasciava il posto al dispositivo categorico della legge nel caso in cui il minore di vent'anni si fosse reso responsabile di un reato per il quale fosse prevista la pena capitale o il carcere a vita. Il codice austriaco sottrae in questo caso al giudice ogni possibilità di intervento, disponendo *ex lege* la commutazione della morte o del 'fine pena mai' in carcere duro da dieci a venti anni ⁽⁵⁴⁾. Qui l'età giovanile opera come qualcosa in più di una semplice circostanza (e per questo è escluso l'apporto soggettivo del magistrato), determinando il ricorso a un diverso genere di sanzione (che solo il legislatore può contemplare). La disposizione lascia intuire la *ratio* sottesa: la giovane età, soggetta a pulsioni e reazioni su cui è difficile esercitare un controllo, lascia comunque sperare in una possibilità di ravvedimento, anche se poi il 'processo educativo' è demandato ad un terribile apparato repressivo (una sorta di attuazione di fredda ingegneria sociale della concezione utilitaristica della pena, capace di imprimere nel corpo e nella mente del condannato un'impressione duratura, come in fondo aveva insegnato Beccaria) ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Il carcere duro prevedeva che il carcerato fosse sempre assicurato con ferri ai piedi, nutrito ogni giorno con cibo caldo, esclusa la carne, dormisse su nude tavole, senza possibilità di colloquiare con nessun altro se non con il personale addetto alla sua custodia, cfr. *Codice penale universale* (1803), parte I, sez. I, capo II, § 13.

⁽⁵⁵⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da L. Firpo e G. Francioni, I, Milano, 1984, § XII *Fine delle pene*, p. 55. Mi sia consentito rinviare a L. GARLATI, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, in « Archivio storico lombardo », 19 (2014), pp. 47-74; EAD., *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel diritto*

Le circostanze aggravanti ed attenuanti (o mitiganti secondo il lemma codicistico) del reato sono disciplinate rispettivamente al capo III (§§ 36-38) e IV (§§ 39-40) del codice penale del 1803. Le prime si distinguono in aggravanti generali ⁽⁵⁶⁾ e speciali, queste ultime collegate alle singole figure delittuose, a dimostrazione che la dimensione normativa del concetto generale si estendeva anche sul versante della parte speciale del codice, con inevitabile ampliamento sia del numero delle circostanze, non tutte tassativamente indicate, sia, di conseguenza, della discrezionalità del giudice ⁽⁵⁷⁾. Per quanto riguarda le aggravanti in generale, il loro grado di incidenza dipende dall'intensità del dolo e dalla maggior efficacia del mezzo a delinquere. Cinque sono i criteri di misurazione presi in considerazione dal codice per giungere a tale risoluzione: la maturata deliberazione del delitto e la studiata preparazione dei mezzi idonei alla sua realizzazione, la gravità del danno derivatone, il pericolo ad esso congiunto, la difficoltà di adottare misure precauzionali e difensive contro l'aggressione, l'importanza dei doveri lesi col delitto, in una evidente perpetuazione dei precetti giuseppini ⁽⁵⁸⁾.

Indici di una malvagità e di una determinazione delittuosa particolarmente intensa, tali elementi erano poi in concreto rilevati dal giudice: la deliberazione si considerava matura se intercorreva un certo lasso di tempo tra il concepimento e la realizzazione del disegno criminoso, cui si contrapponeva come attenuante il moto istintivo, l'impeto, la reazione subitanea ed improvvisa. Lo studio dei mezzi si concretava nella meticolosa preparazione di un piano, capace di prevedere le possibili difficoltà sorgenti dall'attuazione e le contromosse atte a superarle. La valutazione della gravità del danno andava effettuata in concreto, senza indagare su quanto il reo si fosse

italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni, in *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di L. Garlati e G. Chiodi, Milano, Giuffrè, 2014, pp. IX-XXXI.

⁽⁵⁶⁾ *Codice penale universale austriaco coll'appendice delle più recenti norme generali*, Seconda edizione ufficiale, Milano dal'I.R. Stamperia 1815 [d'ora in poi *Codice penale universale* (1803)], parte I, sez. I, capo III, § 37. Sulle diverse edizioni del codice v. S. AMBROSIO-P. DE ZAN, *Le edizioni del Codice generale de' delitti e delle gravi trasgressioni politiche*, in *Codice penale cit.*, pp. LXIX-LXXV.

⁽⁵⁷⁾ MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., in particolare pp. 100-108.

⁽⁵⁸⁾ *Codice penale universale* (1803), parte I, sez. I, capo III, § 36.

prefisso con il suo comportamento: quindi, più elevato era il grado di efficacia della risoluzione a delinquere quanto più forte e radicato era l'impulso da cui era determinato; maggiore era reputata l'efficacia del mezzo quanto maggiore era il danno derivatone e più difficoltosa l'adozione di ogni forma di precauzione contro il medesimo.

Nel penultimo caso il legislatore prendeva in considerazione situazioni in cui l'offeso si fosse trovato in condizioni di minorata difesa indipendenti dalla sua volontà. In tali evenienze si riteneva giusto accrescere le tutele, aggravando proporzionalmente il reato, nel caso in cui alla vittima non fosse stato possibile premunirsi contro il reo. Ipotesi esplicative erano il furto commesso durante un incendio, un'inondazione o in altre simili situazioni di calamità naturali, dove ciò che rilevava non era tanto il valore della cosa sottratta, ma le condizioni operative che agevolavano al ladro la sottrazione dei beni e inibivano al proprietario un'accorta protezione ⁽⁵⁹⁾.

Infine, vincoli speciali, di sangue, di carica (come avveniva per il tutore che seduceva la propria pupilla), di religione (si pensi alle ipotesi, astrattamente configurabili, del sacerdote che bestemmia la divinità, incitava all'eresia, diffondeva la miscredenza) imponevano dei doveri tali che solo una perversità particolarmente maligna poteva spezzare.

Una situazione specifica è quella contemplata autonomamente dal § 38, dove si prevede come circostanza aggravante il tentativo, da parte del reo, di ingannare il giudice inventando circostanze false, quali un'ira improvvisa (per mascherare una progettazione e una meditata deliberazione) o uno stato di ubriachezza accidentale (per vedersi disconosciuta l'imputazione del delitto) ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ *Codice penale universale* (1803), parte I, sez. I, capo XII, § 154. Ma si vedano anche, nel medesimo capo, i §§ 155 e 156.

⁽⁶⁰⁾ Per una parte dei commentatori italiani del codice ragioni politiche erano sottese alla norma in questione: si voleva evitare quanto più possibile e attraverso la minaccia di un aggravamento la possibilità di ingannare il giudice (G. A. CASTELLI, *Manuale ragionato del Codice penale e delle gravi trasgressioni di polizia*, vol. I, Milano, 1833, p. 41). Giordani invece distingueva tra circostanze false e circostanze non vere. Solo le prime avrebbero integrato gli estremi richiesti dalla legge e di conseguenza avrebbero denotato un grado di malizia meritevole di punizione; le seconde, invece,

Le circostanze mitiganti sono invece distinte dal codice austriaco, con « rara eleganza sistematica » ⁽⁶¹⁾, tra circostanze che riguardano la persona (§ 39) e quelle che riguardano la qualità del fatto (§ 40), anche in questo caso sulla scia di quanto già con precoce intuizione dettato dal § 14 del codice giuseppino ⁽⁶²⁾.

Tra le prime rientrano, oltre la già ricordata età, inferiore agli anni venti, anche una negletta educazione, una condotta irreprensibile anteriore al delitto, la mancanza di precedenti penali, la commissione dell'atto delittuoso su istigazione o per timore od obbedienza ad altri, la passionalità, l'opportunità di commettere facilmente un reato determinata dall'altrui trascuratezza, la stringente povertà, il risarcimento del danno arrecato, la spontanea costituzione in giudizio, la collaborazione con la giustizia, realizzata rivelando l'identità di delinquenti fino a quel momento rimasti occulti e suggerendo modi e mezzi per giungere alla loro cattura, una prolungata carcerazione preventiva subita per il protrarsi, senza colpa dell'imputato, dell'inquisizione. Innegabili, anche in questo caso, le suggestioni esercitate dalla giuseppina e, in fondo, anche dalla teresiana: una vera e propria eredità di valori e precetti tramandati da uno all'altro dei legislatori austriaci nello scorcio di fine Settecento, come se fossero concepiti da un'unica mente.

Per quanto riguarda invece le circostanze mitiganti relative alla qualità del fatto, esse sono contemplate nel § 40 del codice penale e consistono nella desistenza volontaria, nel mancato aggravamento e

erano quelle che si rivelavano alla fine prive di fondamento e non inventate allo scopo di ingannare il giudice (G. N. GIORDANI, *Il nuovo codice penale generale austriaco illustrato con annotazioni teorico-pratiche*, Venezia, 1852, p. 113).

⁽⁶¹⁾ S. VINCIGUERRA, *Idee liberali per irrobustire l'assolutismo politico: il Codice Penale austriaco del 1803*, in *Codice penale cit.*, p. XXIX.

⁽⁶²⁾ In verità, a ben guardare, anche le circostanze aggravanti si possono distinguere rispetto al soggetto (e tali sono quelle determinazioni che rappresentano un maggior grado di pericolo dipendente dall'intenzione) o all'oggetto (quando indicano che il maggior o minor pericolo dipende dai mezzi di esecuzione). È possibile pertanto sostenere che le circostanze mitiganti sono fondate, ma in rapporto inverso, sugli stessi principi ai quali sono ricondotte le circostanze aggravanti. E così il delitto è minore quanto meno efficace fu la risoluzione di commetterlo, cioè quanto più debole, accidentale e limitato fu l'impulso e quanto meno efficace fu il mezzo impiegato ad eseguirlo, minore il danno derivatone, il pericolo congiuntovi e più facile la cautela.

nella lievità del danno, nella piena reintegrazione o soddisfazione del danneggiato.

Le circostanze incidono in modo risolutivo nella determinazione della sanzione: la pena base, determinata dal giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale fra il minimo e il massimo edittale, tenuto conto degli indici di gravità del reato e della capacità criminale del reo, può essere ulteriormente variata, in senso peggiorativo o migliorativo, in relazione proprio all'esistenza delle circostanze.

Nel codice austriaco, tuttavia, il bivio tra legalità e discrezionalità inciampa nel § 48 per il quale

solamente ne' delitti, pe' quali la pena è determinata ad un tempo non maggiore di cinque anni, può il carcere esser ridotto ad un grado più mite, od esserne accorciata la durata legale nel caso, che concorrano tali, e tante circostanze mitiganti, che lascino luogo a sperare con fondamento l'emendazione del reo.

Dal momento che il § 47 vietava al giudice, nonostante la presenza di circostanze mitiganti, di variare la qualità della pena o la misura legale della relativa durata (egli non poteva pertanto scendere sotto i cinque anni per i reati puniti con pena compresa tra un minimo di dieci e un massimo di venti anni, né sotto i due per i reati sanzionati con pena variabile tra i cinque e i dieci anni), il § 48 rimetteva in discussione il ferreo principio di legalità a favore di un più ampio intervento discrezionale del giudice, il quale poteva modificare il tipo di sanzione, cambiarne grado, genere, e abbreviarne la legale durata. È come se la norma in esame racchiudesse in sé le due facce del tema. Per legge si ammetteva la mitigazione per i soli delitti 'lievi' (quelli, per l'appunto, puniti con un massimo di cinque anni di detenzione) ma si demandava alla valutazione del magistrato stabilire se esistessero le condizioni per l'attuazione del § 48: egli doveva verificare in una sorta di giudizio prognostico se le circostanze, in virtù del loro numero o tipologia o connessione, lasciassero presumere con ragionevole certezza una piena emenda.

Il § 48 rappresenta, se la locuzione è consentita, la legittimazione legale dell'*arbitrium* giudiziale; si può pertanto ritenere che, se il problema del rapporto legalità-discrezionalità è ragionevolmente risolto nel codice austriaco, esso non è appianato del tutto. L'arbi-

trio, estromesso dalla porta principale, rientra da questo angusto varco lasciato dal legislatore, ed approfitta dell'elasticità e della flessibilità della norma per farsi largo con forza ed autorità. Il § 48 finisce per divenire il possibile strumento privilegiato per adattare il sistema sanzionatorio sia al contesto socio-culturale in cui matura l'azione delittuosa sia alle condizioni soggettive del reo.

Alcune riflessioni di sintesi evidenziano come la legislazione asburgica si sia evoluta in una triade 'a sviluppo crescente', in cui su elementi radicati e caratterizzanti della disciplina s'innestarono alcune novità, espressione di un processo riformistico. I testi qui esaminati costituiscono un trittico inscindibile, di cui solo la visione d'insieme consente di cogliere l'evoluzione, tra continuità e discontinuità, del percorso giuridico-filosofico del legislatore asburgico.

Da un lato la *Franziskana* eleva a sistema il § 14 della Giuseppina; dall'altro, se lo sconto di pena a seguito di indebita carcerazione sembra rispondere a sollecitazioni garantistiche proprie dell'Illuminismo, in realtà, in una lettura sinottica 'a progressione storica', ci si avvede che tale tipo di attenuante era già contemplato nella vituperata e oscurantista *Theresiana* e per le medesime motivazioni: intervenire *a posteriori* per riparare lentezze o inadeguatezze nell'amministrazione della giustizia, senza addossare all'imputato conseguenze di colpe a lui non attribuibili, ma al tempo stesso indicare *a priori* le qualità richieste ad un processo, ossia celerità nei tempi (l'odierna ragionevole durata) ed efficienza nei modi.

Seppure l'enunciato fu uno dei capisaldi del pensiero di Beccaria, stretto corollario del principio di non colpevolezza, in Austria sembra di avvertire che tale assioma fosse intimamente legato alla volontà di costruire un efficiente apparato burocratico-amministrativo nelle mani del sovrano e una magistratura in grado di operare secondo i dettami e le tempistiche fissate dalla legge, coniugando la ricerca della verità con una pronta risposta di giustizia. I magistrati, funzionari dello Stato e formati ed educati ai valori giuridico-pedagogici del centralista e autocratico governo, erano null'altro che fedeli esecutori dei *desiderata* imperiali.

Si è soliti sostenere che l'influenza dei codici asburgici rimase circoscritta entro confini limitati, tanto da poter essere definiti 'modelli sterili': pur rappresentando per tecnica legislativa e contenuti normativi un'alternativa a quelli napoleonici, essi esercitarono

un ascendente tutto sommato limitato sulle legislazioni future. Discorso diverso per il codice penale francese, che con il suo stile asciutto e imperativo, pur concedendo poco spazio al tema delle circostanze, introdusse una distinzione centrale tra scusanti e attenuanti e prevede le cd. attenuanti generiche, portando a compimento il tragitto imboccato nel corso dell'esperienza rivoluzionaria.

Eppure, a me pare che quell'ispirazione lontana germogliata nelle terre viennesi sia riapparsa, strisciante, nel tempo a venire. Essa offrì un contributo rilevante all'evoluzione del penale, realizzando ciò che nelle pratiche criminali era stratificato in forme ancora confuse, ossia una parte generale precedente l'elenco dei delitti in cui gli elementi costitutivi del reato erano individuati con validità generale, prescindendo dalle singole figure « stabilendo in pari tempo [...] i requisiti generali della punibilità » ⁽⁶³⁾.

È possibile affermare che la previsione di circostanze aggravanti e attenuanti comuni, seppure con una funzione e disciplina differenti da quelle attualmente previste dal nostro codice, ne rappresentino il più remoto antecedente storico ⁽⁶⁴⁾, dando vita ad una disciplina e a una classificazione che rivelava la capacità del legislatore austriaco di muoversi a livelli sistematici sofisticati ⁽⁶⁵⁾.

Il codice del 1889, sulla scia dell'insegnamento francese, in tema di circostanze rimetterà la specificazione delle circostanze attenuanti e aggravanti alle singole figure delittuose, accogliendo nella parte generale l'art. 59 disciplinante le cd. attenuanti generiche: si decreterà in tal modo una sorta di trionfo della discrezionalità del giudice generata dalla convinzione che fosse impossibile determinare *a priori* tutte le situazioni potenzialmente incidenti sulla commisurazione della pena.

Il codice Rocco si riaccosterà, invece, all'impianto asburgico. L'impostazione dell'art. 59 verrà infatti abbandonata ⁽⁶⁶⁾ perché

⁽⁶³⁾ VINCIGUERRA, *Idee liberali*, cit., pp. XXIII-XIV.

⁽⁶⁴⁾ CADOPPI, *Il « modello » rivale*, cit., p. CVII.

⁽⁶⁵⁾ CAVANNA, *Storia*, cit., p. 318.

⁽⁶⁶⁾ Le circostanze attenuanti generiche saranno reintrodotte nel 1944, con una sorta di formula in bianco che consentiva al giudice di valutare tutte quelle circostanze meritevoli di determinare una diminuzione della pena pur se non espressamente previste dalla legge.

nettamente in contrasto con la filosofia rigorista del legislatore fascista. Si procederà ad un elenco dettagliato e tassativo delle circostanze, in contrapposizione ai confini vaghi e incerti tracciati nel 1889 e di cui si evidenzieranno abusi ed arbitri in fase applicativa da parte delle corti.

Nel codice del 1930 undici articoli corposi e complessi recuperano, in qualche misura, la *vox* della criminalistica del tardo diritto comune e decretano l'abbandono del 'metodo francese': scompaiono infatti le circostanze attenuanti generiche e si riprende dal 'modello' austriaco la previsione di circostanze aggravanti e attenuanti comuni. Un'eco 'asburgica', insospettabile e forse inconsapevole, si avverte nel codice spagnolo, dove, nel 2010, è stata introdotta come nuova circostanza attenuante l'eccessiva ed indebita durata del processo, riproduzione di quanto con insistenza emergeva nei testi di riferimento dell'Aquila bicipite. Un segno di vitalità d'una tradizione penalistica forse talvolta ingiustamente misconosciuta.

La questione invece sul bivio legalità e discrezionalità, di cui in qualche modo la legislazione austriaca ha tra le prime rivelato la possibile ma ardua coesistenza, rimane tutt'ora aperta, come dimostrano gli studi di autorevoli penalisti. Ancora oggi possono valere le osservazioni di Carrara quando, chiedendosi se fosse auspicabile, onde evitare ingiusti rigori, allargare l'arbitrio del giudice, affermava che

La scienza nostra ha sempre ondeggiato tra Scilla e Cariddi. Il bisogno di procacciare una equa distribuzione di pene, ed il bisogno di frenare l'arbitrio del giudice onde alla legge e non all'uomo si riferisca la irrogazione del castigo ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca, Tipografia Giusti, 1870, p. 142.

FLORIANA COLAO

IL PROBLEMA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO.
DALL'ARBITRIUM AL 'POTERE DISCREZIONALE
DEL GIUDICE' NELL'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA.
UN PERCORSO ITALIANO TRA OTTO E NOVECENTO

«Ciò ch'essi chiamavano arbitrio, era in somma la cosa stessa che, per iscansar quel vocabolo equivoco e di tristo suono, fu poi chiamata poter discrezionale: cosa pericolosa, ma inevitabile nell'applicazion delle leggi, e buone e cattive; e che i savi legislatori cercano, non di togliere, che sarebbe una chimera, ma di limitare ad alcune determinate e meno essenziali circostanze, e di restringere anche in quelle più che possono » ⁽¹⁾.

1. Introduzione. Un problema 'politico'. — 2. *De poenis augendis vel minuendis*. — 3. La « giustizia esatta » e le « varietà infinite » di delitti. Dall'Illuminismo al « code pénal progressif ». — 4. Il penale liberale e il codice Zanardelli. — 5. « Una forma elevata di arbitrio » dal Progetto Ferri al codice Rocco.

1. *Introduzione. Un problema 'politico'.*

Nella teoria del garantismo penale — col « paradigma » in crisi nelle parole dello stesso Ferrajoli — le circostanze del reato legano principio di legalità e principio di equità come « regole semantiche

⁽¹⁾ « Essi » erano i criminalisti d'antico regime nelle memorabili pagine di A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Introduzione di L. Sciascia, Milano, Bompiani, 1985, p. 28. Di recente per indicazioni cfr. L. GARLATI, « Colpevoli di un delitto che non c'era ». *Il processo agli untori nella lettura di Verri e Manzoni*, in « La corte d'assise nella storia », 2011, pp. 395 ss.

del linguaggio penale ». I principi non sono contrapposti — giustizia *versus* legge — né il secondo colma le « lacune » del primo; il giudice connota in modo *diverso* ciò che le legge denota in modo *uguale* ⁽²⁾. La storia sembra complicare questa rappresentazione, nell'indicare piuttosto un campo di tensione tra legalità e discrezionalità, a partire dalla prima domanda, reato autonomo o circostanza, indicata già da Franco Bricola come « vera costante del pensiero giuridico penale » ⁽³⁾. La penalistica ha infatti preso atto della « pacifica assenza di una precisa ed univoca distinzione contenutistica fra circostanze ed altri elementi del reato » ⁽⁴⁾, « lacuna e contraddizione » presenti nella stessa pur attenta e innovativa « disciplina originaria » del codice Rocco ⁽⁵⁾. Da qui il problema di una spiegazione 'dogmaticamente' unitaria e autonoma, nella consapevolezza che la costruzione dogmatica non può comunque ammantarsi del 'mito' della « scientificità » ⁽⁶⁾.

Anche la storia delle « cause » in grado di aggravare o diminuire la pena — strumentali alla individualizzazione ⁽⁷⁾ — ne ha mostrato

(2) L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 138-142. Sulla crisi del garantismo, sociale oltre che penale cfr. ora ID., *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica moderna », 2015, pp. 137 ss. Sulla necessaria « restaurazione della certezza della pena », oggi stravolta rispetto alla previsione edittale, e che sembra passare per una 'carrariana' riduzione della sua flessibilità cfr. ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 389.

(3) F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)* (1975), ora in ID., *Scritti di diritto penale*, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 333.

(4) A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel « Progetto preliminare Grosso »: pregi e difetti di una riforma che non « rifonda »*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Jovene, 2003, p. 433.

(5) R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, *Profili dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 11 ss.

(6) A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, p. 63; sul punto cfr. già G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 50 ss.; anche per indicazioni della penalistica più recente cfr. D. ZANIOLO, *Le circostanze del reato*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 27.

(7) Cfr. ora M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, particolarmente p. 15.

il tratto di problema, dalla densità *politica*. In questo senso Lucchini indicava sul *Digesto italiano* le circostanze del reato « specifiche, previste dalla legge », e « generiche, abbandonate al criterio del giudice »; sottolineava in particolare che esse esprimevano l'« elemento politico della delinquenza, cioè maggior allarme sociale »⁽⁸⁾. A differenza del Progetto Mancini, che nel 1876 le ricomprendeva in un elenco di 'vecchie' e 'nuove', il codice Zanardelli si limitava a disciplinare le indefinite, la recidiva, la provocazione. Il legislatore celebrava la salutare innovazione rispetto alle « pene fisse » del codice francese del 1791, talora paragonate, per rigidità, alle « prove legali ». Dal canto suo la dottrina coglieva la criticità del comprenderle entro un « sistema », e soprattutto del chiamare il giudice ad un innovativo « computo della pena » secondo « frazioni », e non più secondo i tradizionali « gradi »; da qui, contestuale al codice del 1889, la pubblicazione di *Prontuari*⁽⁹⁾. Attenuanti e aggravanti erano relativizzate da Giulio Paoli — che in più occasioni avrebbe riflettuto sul tema — convinto che « in una legislazione può essere circostanza ciò che in altre è elemento e viceversa »⁽¹⁰⁾. Domenico Cigna — avvocato e letterato socialista, eletto alla Camera nel 1921 — nel 1916 scriveva una monografia d'impianto integralmente

(8) L. LUCCHINI, *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in « Digesto italiano », 1893, pp. 1 ss. Sul maestro del diritto penale liberale anche per indicazioni cfr. C. LATINI, *Luigi Lucchini, in Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, 2012, pp. 362-365; M.N. MILETTI, *Lucchini, Luigi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (secoli XII-XX)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, (da ora DBGI) pp. 1207-1211.

(9) Indicazioni sui lavori preparatori del codice Zanardelli nell'ampio Commentario di G. CRIVELLARI, *Il codice penale italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1890, II, pp. 874 ss. Di particolare interesse per le circostanze del reato e commisurazione della pena G. CRIVELLARI, *Codice penale per il Regno d'Italia. Prontuario per facilitare il computo delle pene: formulario delle questioni da proporsi ai giurati*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1889. Sul penalista veneziano cfr. F. ROSSI, *Crivellari, Giulio Cesare*, in DBGI, cit., pp. 613-614.

(10) G. PAOLI, *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1926, pp. 42-43. Sull'avvocato di fama, penalista 'classico', antifascista liberale, estromesso dall'insegnamento a Firenze per ragioni politiche e trasferito nella fascistissima Facoltà pavese di Scienze politiche a Pavia cfr. M. PISANI, *Introduzione. Giulio Paoli avvocato*, in G. PAOLI, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)*, a cura di M. Pisani, Pisa, ETS, 2013, pp. 16 ss; V. TOLASI, *Paoli, Giulio*, in DBGI, cit., p. 1503.

positivista, dal taglio anche storico; intendeva opporsi al « nichilismo » dei Manzini ed altri penalisti di vaglia circa una « impossibile teorizzazione » con la proposta radicale di abolizione, e sostituzione con la valutazione della pericolosità ⁽¹¹⁾. Non accoglieva questa indicazione ‘estrema’ neppure il *Progetto* Ferri — il testo più compiuto sulle circostanze del reato — inteso, tra l’altro, a trasformare il giudice, dal ruolo angusto di zanardelliano « contatore meccanico delle frazioni di frazione », in quello di « clinico », in grado di prescrivere, entro un « ricettario prestabilito », la « cura adatta alla personalità dell’ammalato ». L’assetto ferriano delle circostanze del reato oltre che all’individualizzazione della pena mirava alla « classificazione dei delinquenti », ad ovviare ai « due difetti fondamentali » del penale ‘classico’, la « dosimetria in misura fissa » e la « norma rivolta ad un tipo medio e simbolico di cittadino, che nella realtà non esiste » ⁽¹²⁾.

Nei lavori preparatori del codice Rocco si imponeva invece da subito la scelta del penale ‘del fatto’ e retributivo; pertanto il *Progetto* Ferri era ricordato in misura minore rispetto a quello del Mancini. Eppure l’innovativo capo II del titolo III e il capillare elenco, specie di aggravanti, erano debitori della classificazione ferriana; del maestro positivista — pur senza una citazione — il codice del 1930 mutuava lo sguardo sulle circostanze del reato sintomo della pericolosità dell’agente, la « capacità a delinquere del colpevole » ⁽¹³⁾, indicato al giudice come criterio di valutazione

⁽¹¹⁾ D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, Società editrice libraria, 1916; Id., *Positivismo e diritto. Sintesi di riforma penale*; con postille e critiche di Cordova, De Marsico, Ferri, Lucchini e Massari, Palermo, Trimarchi, 1921. Sull’avvocato letterato socialista cfr. ora D. GUADAGNINO, *Il fabbro e le formiche*, Palermo, Controluce, 2011.

⁽¹²⁾ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 357; Id., *Sociologia criminale*, Torino, Utet, 1929-30, p. 466. Da ultimo indicazioni sulla cospicua bibliografia sul maestro di San Benedetto Po in I. BIROCCHI, *Può l’uomo disporre della propria vita? Il dibattito tra Enrico Ferri e Carlo Lessona*, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di S. Borsacchi e G.S. Pene Vidari, Bologna, il Mulino, 2014, p. 568.

⁽¹³⁾ *Relazione Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, I, 1929, pp. 14 ss.; *Relazione sul codice penale dell’on. De Marsico*, ivi, pp. 43 ss, 120; interventi dei Commissari, ivi, IV, 2, 231 ss.; *Relazione Rocco al progetto definitivo*, ivi, V, pp. 120 ss.

assieme alla « gravità del fatto ». Proprio in relazione al codice del 1930 delle circostanze del reato è parso interessante il profilo di indicatore del passaggio dall'*arbitrium iudicis* ⁽¹⁴⁾ all'art. 132, « potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena: limiti ». In questo senso di queste figure penalistiche ho considerato il nodo legalità/discrezionalità, dalla dimensione *costituzionale*, specie nel momento in cui la dinamica tra legislatore e giudici, togati e « del fatto », implicava quello tra poteri dello Stato e tra giustizia e pubblica opinione. In questo quadro un denso scritto di Emanuele Carnevale nel 1897 poneva l'istanza del superamento dell'assetto offerto alle circostanze del reato dal codice Zanardelli, e della stessa legalità *liberale*; tematizzava un penale « sociale », attivo nella società, che aveva come corollari l'« arbitrio del giudice nell'applicazione della pena » e le « circostanze giudiziarie arbitrarie » ⁽¹⁵⁾. Dall'Italia liberale a quella fascista si accentuava il senso della giustizia espressione della potestà punitiva della società e poi dello Stato, con la pena che — nelle parole di Alfredo Rocco — aveva senso nella « coscienza sociale ». Il guardasigilli opponeva il suo *Progetto* di circostanze del reato, ispirato dall'« umanità del giudizio penale nella sua fase conclusiva », all'« arido risultato di operazione aritmetica », a suo dire disposto dal codice Zanardelli. In questa rappresentazione non c'era contraddizione tra principio di legalità e giudice svincolato « dalle pastoie della legge [...] libero di ispirarsi ai principi della più umana equità » ⁽¹⁶⁾. Per Manzini il codice realizzava l'individualizzazione della pena « guidando il giudice nel suo

⁽¹⁴⁾ Cfr. ora M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 233 ss.

⁽¹⁵⁾ E. CARNEVALE, *L'arbitrio del giudice nella determinazione della pena*, in « Rivista penale », 1897, pp. 109-132, 332-349. Sul penalista, inteso ad una sintesi tra dimensione giuridica e dimensione sociale dei fenomeni criminosi, cfr. G. FIANDACA, *Carnevale, Emanuele*, in *DBGI*, cit., pp. 459-460.

⁽¹⁶⁾ *Relazione Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale*, IV, p. 244, V, pp. 124, 189. Sul guardasigilli cfr. ora P. COSTA, *Rocco, Alfredo*, in *DBGI*, cit., pp. 1701-1704. Scrive di « flessioni del principio di legalità riguardo al contenuto della normativa sulle circostanze, particolarmente elastico e accrescitivo del potere spettante al giudice » rispetto all'art. 29 del codice Zanardelli, S. VINCIGUERRA, *Dal codice Zanardelli al codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, in *Il codice penale per il Regno d'Italia (1930) Codice Rocco*, Padova, Cedam, 2010, pp. XXVII ss.

potere discrezionale » ⁽¹⁷⁾. Novelli — presidente di sezione della Cassazione — coglieva « il progresso » rispetto alla « individualizzazione legislativa », modellata dal codice Zanardelli; sosteneva che la rocciana « individualizzazione giudiziale » — prima della codificazione moderna motore del sistema — grazie al bilanciamento di circostanze « trionfava nuovamente », col conciliare « coscienza sociale e giustizia » ⁽¹⁸⁾.

Anche le circostanze del reato erano un momento del denso dibattito sul senso del giudicare, tra principio di legalità ed equità. Nel 1940 Antolisei discuteva le tesi della penalistica ed anche quelle di Calogero e Bobbio, e rifiutava per il *nullum crimen sine lege* l'immagine di « letto di Procuste »; finalmente, a dieci anni dal codice, il « giudice » non pareva più « legato agli intoppi ed alle pastoie della legge » ma « davvero padrone del suo giudizio e libero di ispirarsi ai principi della più umana equità » ⁽¹⁹⁾. A proposito delle circostanze del reato Pietro Zerboglio asseriva invece che la pena comminata in concreto era ancora « risultato di addizioni e sottrazioni »; coglieva nella « valutazione in due tempi » — nel primo il giudice prescindeva dalle circostanze del reato, per considerarle nel secondo — l'ostacolo al « sostanzialismo penale » ⁽²⁰⁾.

Bettiol ha scritto di una « discrezionalità legata ai valori e agli scopi della legislazione » ⁽²¹⁾; in questo senso le circostanze del reato

⁽¹⁷⁾ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, Utet, 1948, II, pp. 161 ss. Sul 'pontefice' del metodo anche per indicazioni cfr. A. BERARDI, *Manzini, Vincenzo*, in *DBGI*, cit., pp. 1263-1265.

⁽¹⁸⁾ G. NOVELLI, *Primi lineamenti di una teoria della individualizzazione della pena nelle sue tre fasi: legislativa, giudiziale, esecutiva*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, Foro italiano, 1933, pp. 454-479.

⁽¹⁹⁾ F. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*; « È favola » — scriveva Antolisei — « l'asserito agnosticismo politico dell'indirizzo tecnico-giuridico ». La *Prolusione* del 1940 è ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 59. Sul teorico di un « indirizzo realistico », contro le « degenerazioni formalistiche del metodo tecnico-giuridico », indicazioni in S. VINCIGUERRA, *Antolisei Francesco*, in *DBGI*, cit., pp. 78-80.

⁽²⁰⁾ P. ZERBOGLIO, *Appunti intorno ad una teoria delle circostanze ad al potere discrezionale del giudice*, in « *Rivista penale* », 1943, p. 370.

⁽²¹⁾ G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966, p. 799. Il denso lavoro, del 1952, era dedicato ad Aldo Moro, « collega e amico carissimo che questo genere di studi nobilmente disdegna ». Su Bettiol penalista 'civile' anche ai tempi del fascismo, a Padova in contatto con la

sono parse volano di politica del diritto, dalla tensione alla ‘parte generale’ della criminalistica d’antico regime, al proporzionalismo illuminista, al *code pénal progressif*, alle istanze liberali di riformulazione della scala penale dei Carmignani, Carrara, Mancini, Pessina — approdate al codice Zanardelli — alle proposte positiviste, al codice Rocco, che nell’inasprimento dello *ius puniendi* aveva la sua cifra, esemplare la previsione delle aggravanti comuni con efficacia ultraeditale. Inoltre l’art. 133 legava alla « gravità del reato la valutazione degli effetti della pena »; l’abolizione delle generiche — previste dall’art. 62 del codice Zanardelli — era presentata dal guardasigilli come coerente col principio di legalità, ma aveva soprattutto senso come scelta *politica*. Proprio a proposito delle circostanze del reato Rocco citava il « filo-criminalismo deprecato dal Ferri, per cui tutte le soluzioni che giovano al delinquente si devono adottare e quelle contrarie si devono respingere » (22). Pertanto nel codice le attenuanti generiche « scomparivano », come nel 1932 annotava lo « scritto di passione » di Paoli — a suo tempo firmatario del manifesto di Croce — critico dell’abolizione dell’art. 59 del codice Zanardelli. Paoli si appoggiava all’autorità di Carrara — sia pur favorevole alle generiche solo per « degradare » la pena di morte, prevista dal codice toscano del 1853 — nel ricordare al legislatore, tanto attento alla « coscienza sociale », che l’abolizione « allontanava dalle leggi la simpatia dei cittadini », che « la giustizia deve convincere », che « l’estremo rigore nuocerà » (23).

Non a caso tra i primi atti dell’Italia liberata l’art. 2 del d.lgs.luog. 288/1944 ripristinava le generiche con l’art. 62 *bis*. A proposito di quel ‘ritorno’, Manzini rilevava che, con la previsione di « casi di più grave responsabilità » dei ministri e gerarchi fascisti, il legislatore aveva introdotto le « aggravanti generiche indeterminate ». Il pontefice del metodo, capace di accreditare ‘politicamente’

Resistenza, attivo protagonista alla Costituente indicazioni in G. MARINUCCI, *Bettiol, Giuseppe*, in *DBGI*, cit., pp. 246-247.

(22) L’intervento di Rocco in *Lavori preparatori del codice penale*, cit., IV, parte 2, p. 220.

(23) G. PAOLI, *Per le attenuanti generiche*, in « La Scuola positiva », 1932, pp. 538 ss; analogamente ID., *Le circostanze del reato*, in *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, Istituto di studi legislativi, 1930, pp. 237 ss.

anche le soluzioni normative della nuova Italia, richiamava il « principio per cui ognuno deve potere sapere preventivamente le conseguenze penali dei suoi fatti (garanzia di libertà) ». Criticava pertanto la « legge speciale » del 27 luglio 1944 — le sanzioni contro il fascismo — argomentando che « non sono da stabilirsi aggravanti generiche e indeterminate lasciate alla discrezionalità del giudice »; al contrario quelle attenuanti parevano ammissibili, nel « non pregiudicare la libertà » (24).

2. De poenis augendis vel minuendis.

Prima del tempo 'classico' del discorso positivista aggravanti e attenuanti soggettive sono sembrate contare più di quelle legate alla « gravità del reato » nel definire la « capacità a delinquere del colpevole »; dell'art. 133 del codice Rocco Manzini considerava l'attenzione per la « causalità psichica dei rei » (25). Al proposito Michel Foucault ha scritto che attraverso il verdetto le attenuanti introducevano nel giudizio non solo gli elementi circostanziali dell'atto, ma le « ombre che stanno dietro la causa giuridica », fino alla piena conoscibilità del « criminale, l'apprezzamento che si ha di lui, ciò che si riesce a sapere sul rapporto tra lui e il suo passato, ciò che ci si può aspettare da lui in avvenire » (26). Anche l'aggravante della recidiva (27) dava identità particolare al reo; più in generale l'*animus*, seguito da gerundio, e la *conditio delinquentis* o *qualitates rei* dallo schema classificatorio di Claudio Saturnino (28) transitavano nelle

(24) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 164, 209.

(25) Ivi, p. 642.

(26) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 20-21.

(27) M. SBRICCOLI, *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XIV-XVI siècles)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 279-285; P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia*, Ancona, Cattedrale, 2008, pp. 40 ss.

(28) Sui quattro generi e sette accidenti del reato, causa, persona, tempo, luogo, qualità, quantità, evento, indicazioni in G. SPOSITO, *Quattor genera... septem modis: le circostanze del reato in D. 48.19.16*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 1999, p. 115. Sulla fortuna dello schema classificatorio del D. 48.19.16 indicazioni anche in L. GAROFALO, *Piccoli scritti di diritto penale*, Padova, Cedam, 2006, p. 121.

pagine di Tiraqueau, Deciani, Claro, Farinacci, Carmignani, fino ai richiami di Mancini degli elenchi dei « criminalisti dell'età di mezzo » ⁽²⁹⁾, e delle considerazioni di Carrara sul « recidivista » ⁽³⁰⁾.

Il ruolo cruciale delle circostanze del reato inerenti la persona del colpevole affondava le radici nel Medioevo, nel momento in cui la criminalizzazione avveniva anche attraverso l'elevazione delle *qualitates rei* a elemento costitutivo del reato ⁽³¹⁾. In uno studio risalente Corrado Pecorella rilevava l'assenza di « un'operetta *de poenis augendis vel minuendis* », ed osservava che i giuristi medievali erano al tempo stesso consapevoli della necessità di un passaggio dall'ingegno casistico alla costruzione di una dogmatica — non la chiamavano certo così — condizione per una equa soluzione dei casi pratici. Entro una giustizia eminentemente 'pragmatica', che affidava al giudice i criteri interpretativi sugli atti dei giustiziabili, i *doctores* indicavano attenuanti — età minore, vecchiaia, *status*; *ignorantia delinquentis*, delitto comesso *propter dolorem repentinum* — ed aggravanti, *atrocitas delicti*, *frequentia committendi delicta*. La casistica, pensata in prospettiva che oggi diremmo processuale, era comunque aperta; rinviava al generico obbligo del giudice di tener conto delle *circumstantiae delicti* ai fini della commisurazione della pena. Lo sforzo costruttivo dei *doctores* per riconsiderare l'elenco degli elementi circostanziali entro una teoria del reato — ignota nella formula ma non nell'idea — rivestiva una dimensione costituzionale nella legalità comunale: i giudici italiani erano tanto più forti politicamente quanto era meno esatto lo schema legale. Nè il legalismo statutario nè la futura dipendenza dai Sovrani avrebbero eroso l'*arbitrium iudicis*, comprensibile entro un ordine giuridico in cui il

⁽²⁹⁾ La Relazione Mancini sul nuovo capo *Delle circostanze e aggravanti comuni a tutti i reati* ora in F. MELE, *Un codice unico per un'Italia nuova*, Roma, Carocci, 2002, p. 185. Sul grande giurista campano cfr. ora C. STORTI, *Mancini, Pasquale, Stanislaw*, in *DBGI*, cit., pp. 1244-1248.

⁽³⁰⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena* (1859), Bologna, 1993, pp. 492-527; ID., *Stato della dottrina sulla recidiva* (1862), in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Tip. Giachetti, 1878, pp. 127-166. Sul penalista lucchese, anche per indicazioni sia consentito di rinviare a F. COLAO, *Carrara, Francesco*, in *DBGI*, cit., pp. 463-466.

⁽³¹⁾ M. SBRICCOLI, *Truffa*, ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 355 ss.

« diritto pubblico » appariva a Pecorella « influenzato da principi penalistici » ⁽³²⁾.

Della pena « *signum imperii seu potestatis* », « dispositivo di giustizia [...] oggetto e occasione di *arbitrium* », Mario Sbriccoli ha tematizzato un particolare corollario, la definizione delle « circostanze, che trovano il loro luogo di elaborazione nella dottrina della commisurazione della pena » ⁽³³⁾. Anche nella criminalistica d'antico regime l'obbligo del giudice a tener conto delle *circumstantiae delicti* poggiava su una incompleta casistica asistematica, esemplare la concezione plurale del furto. Nel cammino comune di penale 'egemonico' e 'scientifico' le *Pratiche*, le *Leggi generali*, i grandi Tribunali formalizzavano la giustizia, con l'elenco, sia pure aperto, di circostanze del reato. La legge potenza, non garanzia, conquistava il centro del penale, e dava senso alla legalità ed alla discrezionalità nel cuore del Cinquecento. In questo orizzonte il *Tractatus* di Tiberio Deciani — studiato da Michele Pifferi — delineava una 'parte generale', sottratta al giudice, cui residuava l'aspetto quantitativo della pena, ma che poteva anche rifarsi a circostanze non previste dalla legge. Il giurista udinese considerava *circumstantiae* in grado di aumentare o diminuire la pena senza alterare la fattispecie; la « novità » risiedeva nell'attrazione della materia nella 'teoria generale', col porre al centro del penale la legge, senza peraltro svilire il protagonismo del giurista e dell'interprete ⁽³⁴⁾. A metà Cinquecento Tiraqueau scriveva un celebre *De poenis temperandis*, per affermare la centralità della legge — volizione del Sovrano — e rimandare al suo delegato, titolare di *iurisdictio*, la gestione del caso concreto. Una giustizia flessibile, in perenne divenire storico, autorizzava il distacco dalla norma; le pene edittali divenivano arbitrarie, come indicavano le opere, tra gli altri, di Claro e Farinaccio.

⁽³²⁾ C. PECORELLA, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla cd riforma del diritto penale*, in « Studi parmensi », 1957, pp. 309, 373.

⁽³³⁾ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit., p. 11.

⁽³⁴⁾ Cfr. ora M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminum di Tiberio Deciani e la 'parte generale' di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, particolarmente p. 211. Cfr. inoltre M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in ID., *Storia del diritto penale*, cit., p. 232.

L'elenco asistemático, inevitabilmente incompleto, delineava circostanze del reato — non poche riproposte poi dai codici penali ⁽³⁵⁾ — indici anche di valori e mentalità, dallo *status* del reo, al suo posto nella comunità, alle consuetudini del luogo. La casistica a maglie fitte conviveva con una sorta di delega in bianco al giudice per la commisurazione delle pene, nel caso del Senato milanese anche fino ad « *augere poenas ordinaria impositas* » ⁽³⁶⁾. Anche a proposito di *accidentalia* molti avrebbero scritto di eccessiva ampiezza nel diritto comune e di eccessiva angustia dei codici; nelle parole di Luigi Cremani — ricordate da Adriano Cavanna — alle soglie della codificazione l'*arbitrium iudicis* pareva ancora il « problema dei problemi » ⁽³⁷⁾.

3. La « giustizia esatta » e le « varietà infinite » di delitti. Dall'Illuminismo al « code pénal progressif ».

« Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi ». Nella *Conclusione* del *Dei delitti e delle pene* le circostanze del reato parevano il banco di prova di un incontro 'tranquillo' di legalità e proporzionalità; il « codice fisso di leggi » ed il giudice incatenato al « sillogismo perfetto » esprimevano l'istanza garantista di tutela dei diritti individuali, assente nella messa in scena della legge potenza da parte dei criminalisti d'antico regime ⁽³⁸⁾. Per Filangieri — più di Beccaria

⁽³⁵⁾ Indicazioni sull'elenco di circostanze del reato ad opera di Tiraqueau, ripreso dai criminalisti dalla codificazione moderna cfr. A. LAINGUI-A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I, *Le droit pénal*, Paris, Cujas, 1980, I, pp. 137-138, 185-195; sul giurista francese cfr. anche G. ROSSI, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 231-284.

⁽³⁶⁾ G. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, in *Id.*, *Saggi di storia del diritto penale lombardo (sec. XVI-XVIII)*, Milano, LED, 1994, p. 93.

⁽³⁷⁾ A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 197-262.

⁽³⁸⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, V ed, Torino, Einaudi, 1981, p. 104. Sull'opera anche per indicazioni cfr. ora I. BIROCCCHI, *Beccaria, Cesare*, in *DBGI*, cit., pp. 200-204.

consapevole della complessità della questione — l'« esattezza della legge » e l'« arbitrio del giudice » erano i corni di un problema; pareva urgente un complesso passaggio dal « caos informe » al « codice penale, ove l'arbitrario nome di pena straordinaria sia interamente prosritto », con « delitti secondo qualità e gradi, infimo, medio, massimo grado del dolo ». La *Scienza della legislazione* affidava ai « giudici del fatto » la determinazione dei gradi, a quelli del « diritto [...] la pena ». Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di raggiungere una « esattezza geometrica », l'operazione non appariva un « impossibile politico » ⁽³⁹⁾.

Si muovevano in questo crinale i 'codici' dell'ultimo scorcio del Settecento riformatore: un Motuproprio di Pietro Leopoldo per « restringere l'arbitrio de' Giudici » si risolveva nella *Leopoldina*, che « stabiliva le massime generali per le pene di ciascun delitto » e rimetteva « l'adattare e il misurare le pene all'arbitrio del giudice, così esigendo ora la natura del caso, ora la varietà di circostanze che possono accompagnarlo ». I giudici toscani erano « obbligati a spiegare la ragione [...] della pena arbitraria »; per ragioni di « uniformità » ciascun tribunale doveva tenere una « tabella con tutte le risoluzioni di pena arbitraria col titolo del delitto per alfabeto, con l'espressione in succinto di tutte le circostanze aggravanti o diminuenti il delitto ». Le riforme successive avrebbero impedito ai giudici di « dipartirsi dalle pene secondo qualità e grado più precisamente e tassativamente prescritte » ⁽⁴⁰⁾.

Il codice penale giuseppino — apripista per quello del 1803 — fissava il principio di legalità in virtù del divieto per il giudice di ricorrere a pene diverse da quelle previste per legge — in tre diversi gradi di durata — e stabiliva una regola giudiziale per valutare le « circostanze comuni », ricomprese in una 'parte generale', che esordiva sulla scena codicistica, e quelle « speciali per i singoli

⁽³⁹⁾ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, IV, Genova, Presso Jvone Gravier libraio, 1799, pp. 113-121. Sul giurista napoletano anche per indicazioni cfr. ora A. TRAMPUS, *Filangieri Gaetano*, in *DBGI*, cit., pp. 860-862.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. articoli CXVI e CXVII. Sulla genesi della Leopoldina e sulle riforme successive cfr. M. DA PASSANO, *Dalla "mitigazione delle pene" alla "protezione che esige l'ordine pubblico". Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807)*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 233-235, 96, 152-153.

reati ». Era uno snodo della storia della codificazione, su cui si sono soffermati Cavanna e Tarello, il primo per valorizzare i profili innovativi dell'assetto delle circostanze, il secondo per ridimensionarli. Col raccogliere peraltro la lezione della criminalistica d'antico regime il paragrafo 14 affermava che « al giudice criminale incombe di osservare un giusto equilibrio fra il delitto, e la pena, e di confrontare scrupolosamente a questo fine tutte le circostanze ». Tra queste risaltavano il « grado della malizia », le « conseguenze del fatto e l'estensione del danno », la « possibilità di precauzioni per prevenirlo », l'« età giovanile del reo », i « precedenti castighi e il pericolo di ricadute » ⁽⁴¹⁾.

Il progetto lombardo — modello per la criminalistica successiva — ampliava l'area delle circostanze con la previsione di sesso, età senile, condotta antecedente e successiva al reato, spontanea confessione. La Giunta leopoldina sanciva il principio di legalità della pena e del divieto di integrazione, col liquidare il 'vecchio' *arbitrium iudicis*, vincolando l'opera del magistrato entro un testo tendenzialmente completo; la « facoltà del giudice nel prescrivere la pena » era « circoscritta dalla legge entro certi limiti ». Il paragrafo 10 ampliava il ventaglio delle aggravanti al bisogno di « un utile esempio », e quello delle attenuanti alla spontanea confessione nei delitti di prova difficile; rispetto ai complicati gradi giuseppini le circostanze erano poi trasfuse nella parte speciale, ove ciascuna norma prevedeva un *minimum* e un *maximum* ⁽⁴²⁾. La *Genesi* del Romagnosi distingueva tra qualità e quantità della pena, con i « gradi » della seconda lasciati alla valutazione del giudice, « con una certa latitudine ». Al tramonto dell'assolutismo illuminato la legalità era affidata al sovrano *legibus solutus*, mentre spettava al suo delegato la « vera norma » per « graduare l'intensità della pena » ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Sui paragrafi 13 e 14 cfr. A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., p.144; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 523. Sulle riforme successive al codice giuseppino cfr. *Codice penale universale austriaco* (1803), a cura di S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 2001.

⁽⁴²⁾ Il testo del Progetto in A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 277-304.

⁽⁴³⁾ G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1791), Milano, 1953, pp. 283 ss. Sul grande giurista, che avrebbe segnato il pensiero giuridico dell'Italia preunitaria cfr. ora L. MANNORI, *Romagnosi, Gian Domenico*, in *DBGI*, cit., pp. 1723-1726.

Con le disposizioni penali della Dichiarazione dell'89 un diverso ordine costituzionale era sotteso alla scelte poi messe in campo dalla codificazione, dalla Rivoluzione all'Impero; inoltre la pena come privazione della libertà personale si imponeva come chiave di volta del sistema, nella lezione dei Vilain, Howard, Bentham. L'idea rivoluzionaria delle pene fisse — tanti anni per ogni circostanza aggravante — sancita dal codice del 1791, si accompagnava con una legge processuale che consentiva alle giurie popolari, espressione della Nazione sovrana, di assolvere l'imputato genericamente scusabile, anche col recedere dalla pena di morte. In questa prospettiva anche il codice del 1795 guardava alla personalità del delinquente, indicando un massimo e un minimo per ogni pena prevista. Nei lavori preparatori del *code pénal* la « volontà ferma e costante della legge » era preferita alle « passioni sempre mutevoli di un uomo »; si insisteva sul passaggio da un codice « imperfetto », come quello del 1791, alla soluzione offerta da quello del 1810. Non si nascondeva il problema di come « determinare tutte le circostanze [...] se gli osservatori della natura attestavano l'inesistenza di corpi perfettamente identici », di come costruire una « giustizia esatta » di fronte alle « varietà infinite » di delitti, col lasciarsi alle spalle Dracone, ma anche le grazie d'antico regime. Reintrodotte le pene perpetue, per quelle temporanee il *code pénal* stabiliva che non si potessero proporre ai giurati circostanze diverse da quelle stabilite dalla legge — età e recidiva — ai fini della mitigazione della pena, (art. 65); e stabiliva massimi — più elevati rispetto a quelli sanciti nel 1791 — e minimi.

Dalla Rivoluzione all'Impero il codice penale diveniva il protagonista della messa in scena della giustizia, conciliava legalità ed equità, definiva gli spazi costituzionali tra legislatore e giudici, con o senza toga. Già nel 1811 si ripeteva però con Target che un « immutabile rigore » produceva « assoluzioni », e che all'indubbia severità del quadro sanzionatorio editale il legislatore avrebbe ovviato ampliando il ricorso alle attenuanti, previste anche per alcune pene correzionali dal *code pénal* ⁽⁴⁴⁾. Le leggi del 1824 e del

(44) Indicazioni in C. S. BOURGOIGNON, *Dictionnaire raisonné des lois pénales en France*, Paris, Garnery [...] de l'Imprimerie Leblanc, 1811, pp. XXXIX ss. Il passaggio sulle circostanze del reato nella Relazione di Target al Progetto del 1801 in M. DA

1832 estendevano alle pene criminali la facoltà del giudice di scendere al di sotto dei limiti edittali di fronte a indeterminate scusanti, a dar senso ad un « code pénal progressif ». La valutazione delle attenuanti era rimessa alle Assise, attente alla personalità dell'uomo delinquente, coi giudici del fatto spesso disposti a dichiarare l'innocenza dell'imputato, per evitare il ricorso ad una pena troppo severa. La restrizione delle sentenze capitali, effetto più vistoso del riconoscimento delle attenuanti, si saldava con il liberalismo della penalistica della monarchia di Luglio ⁽⁴⁵⁾; ne era esempio il *Trattato* di Pellegrino Rossi, che, tra l'altro, ripartiva i compiti tra il giuri, che valutava il grado di colpa, e il togato, che sceglieva tra massimo e minimo della pena ⁽⁴⁶⁾. Il tema 'francese' delle attenuanti non espressamente previste dalla legge, anche come correttivo di un impianto sanzionatorio severo per la sensibilità del liberalismo penale, era destinato a segnare la codificazione preunitaria ed il lungo dibattito approdato al codice Zanardelli.

4. *Il penale liberale e il codice Zanardelli.*

Riprendendo toni 'illuministi' Carmignani criticava i « nuovi codici » per il giudice « scandalosamente padrone della pena » e per non aver definito con esattezza le « cause » — esemplare la recidiva — lasciate alla « provincia della giurisprudenza ». A detta del docente a Pisa una « repressione corrispondente alla importanza politica del fatto » imponeva di indicare le circostanze « nello stabilire i delitti, senza disgiungerle con formule generiche ». La questione investiva l'intera struttura del codice — Carmignani nel 1838 parlava al legislatore toscano — da incentrare su un « legale equilibrio », scongiurando una « eccessiva severità dei casi singoli », pena l'arbitrio giudiziale. In questo orizzonte di razionalizzazione del carico

PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'impero*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 286.

⁽⁴⁵⁾ A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif. Commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris, 1832, pp. VII ss., 97.

⁽⁴⁶⁾ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale, con note e addizioni di Enrico Pessina*, Napoli, Gabriele Regina, 1896. Sulla vita e le opere del grande giurista cfr. ora L. LACCHÈ, *Pellegrino Rossi*, in *Il contributo*, cit., pp. 302 ss.; Id., *Rossi, Pellegrino, Luigi Edoardo*, in *DBGI*, cit., pp. 1741-1745.

sanzionatorio — l'abolizione della pena di morte era il primo problema — aveva senso la tensione a « proscrivere ogni arbitrio al di fuori dei limiti dalla legge prescritti »⁽⁴⁷⁾. Anche Carrara ricordava di aver sostenuto già nel 1840 che « la legge scende dal trono e vi si insedia l'arbitrio del giudice », a proposito delle leggi francesi che avevano lasciato le attenuanti « in libera balia dei giudicanti ». D'altro canto il sistema « indefinito » era giustificato come un « rimedio necessario per un codice cattivo, flagrante aberrazione della giustizia in un codice buono »; in questi termini il penalista di Lucca contrastava l'estensione del codice sardo alla Toscana, ponendo al legislatore della nuova Italia il gran tema del codice penale della 'ragione' (48).

Anche le circostanze del reato erano tra i dilemmi dei lunghi lavori per l'unificazione penale. Il *Progetto* Mancini subordinava l'« intervallo lasciato libero dalla legge » tra massimo e minimo per ciascun grado di reato ad una « sana distinzione ed enumerazione delle circostanze nella parte generale », per ovviare a quel che pareva un « laberinto di contraddizioni ». Per non rendere troppo rigido il sistema, il testo consentiva al giudice di considerare le indeterminate, dopo aver valutato quelle disposte dalla legge; si intendeva « porgere un'adeguata soddisfazione all'opinione pubblica, quando, in casi apparentemente simili tra loro, sia luogo ad applicarsi una pena diversa ». A tal proposito il *Progetto* distingueva un regime esecutivo più rigoroso in presenza di delitti commessi « per impulso più malvagio », e la semplice privazione della libertà per quelli commessi « per impulso meno malvagio ». La Commissione, scettica sul « fermare regole generali », accantonava la proposta; Pessina dichiarava di lavorare ad un diverso « progetto speciale »⁽⁴⁹⁾. Da

(47) G. CARMIGNANI, *Osservazioni alle istruzioni per norma de' Redattori di un codice penale toscano* (1838), in ID., *Scritti inediti*, VI, Lucca, Tipografia di Giuseppe Giusti, 1852, p. 47; ID., *Saggio di cenni per la compilazione di un codice toscano* (1838), ivi, p. 15. Sul criminalista maestro a Pisa cfr. ora M. MONTORZI, *Carmignani, Giovanni*, in *DBGI*, cit., pp. 451-453.

(48) F. CARRARA, *Se l'unità sia condizione del giure penale*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Canovetti, 1870, II, p. 37.

(49) Cfr. le fonti riportate in F. MELE, *Un codice unico*, cit., pp. 185 ss, 205; cfr. inoltre G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, III, Torino, Unione tipografico editrice, 1891, p. 714.

guardasigilli l'avvocato e docente napoletano sosteneva dunque l'inutilità di una « compiuta enumerazione », la necessità di abbassare i massimi edittali, di vietare al giudice aumenti di pena fuori « dalla legge » e mitigazioni inefficaci sulla « punizione del reato ». Per non confondere sul piano sanzionatorio un « volgare falsario » con il colpevole di ingiurie, provocato dall'ira, Pessina proponeva l'abbandono del rigido meccanismi dei gradi e di differenziare la pena detentiva, la detenzione, 'custodia honesta', la reclusione. Per circoscrivere la pena nel « massimo legale » avrebbe ripetuto « nulla poena ultra nec supra legem » ⁽⁵⁰⁾.

Tra legalità ed equità Carrara proponeva che « il sistema delle pene relativamente determinate », tra « massimi e minimi », dovesse essere garantisticamente « completato con un precetto che determini la pena ordinaria », laddove il penalista toscano, « con le parole della vecchia pratica », intendeva la « pena normale », rimessa al giudice, con un « arbitrio adoperato secondo ragione ». Per ovviare alla tendenza dei pubblici ministeri a chiedere il massimo « per reazione contro i giurati », ma anche a quella dei giudici ad irrogare il minimo anche in assenza di attenuanti, Carrara chiedeva che « mai si infliggesse il minimo dove non concorrono minoranti o attenuanti e mai il massimo dove non sono aggravanti » ⁽⁵¹⁾. La questione appariva peraltro complicata dall'« enumerazione », inevitabilmente « incompleta », e dall'eventualità di una stessa circostanza, attenuante in un delitto e aggravante in un altro; quelle « comuni a tutti i malefizi » parevano avere il « difetto » di dare a ciascuna « uguale influsso ». Carrara riteneva infatti impraticabile l'adozione di « precetti generali comuni a tutti i reati », e proponeva il « difficile guado » di

⁽⁵⁰⁾ E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, II, Napoli, Stamperia della Regia Università, 1869, pp. 39 ss; ID., *Intorno lo schema di codice penale Italiano presentato dal ministro guardasigilli al Senato del regno nella tornata del 24 febbraio 1874. Osservazioni e proposte del prof. Enrico Pessina*, Napoli, Tip. e stereotipia della R. Università, 1875; ID., *Modificazioni proposte alla Commissione eletta alla Camera dei Deputati*, Roma, Regia tipografia D. Ripamonti, 1885; ID., *La legge penale avvisata in sé e nella sua efficacia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, III, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, p. 16. Sul giurista napoletano cfr. ora M.N. MILETTI, *Pessina, Enrico*, in *DBGI*, cit., pp. 1554-1558.

⁽⁵¹⁾ F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale* (1874), Bologna, il Mulino, 2007, p. 352.

descrivere le circostanze in « relazione a ciascun malefizio secondo che la figura speciale ne mostra la convenienza ». La pena poteva esser dunque « degradata » limitatamente a « buona condotta antecedente, riparazione spontanea del danno, miseria che fu causa al delitto »; altre eventuali parevano duplicare gli articoli dei codici ⁽⁵²⁾. Nel caso di concorso di attenuanti e aggravanti il penalista toscano affermava che il giudice avrebbe dovuto « dichiarare in sentenza le circostanze per deflettere dalla pena media secondo i criteri dalla legge tassati » ⁽⁵³⁾.

In questa stagione a Carrara premeva soprattutto la ridefinizione della scala penale, con la riduzione dei massimi edittali, corollario della battaglia abolizionista, condotta anche col voler estendere le attenuanti ai delitti « atroci » — come nel codice toscano del 1853 — di competenza dei giurati, ove « la vita degli uomini si gioca alla lotteria tra la rettorica del difensore o del pubblico ministero », ed i « sette uomini » non erano da considerarsi « pubblica opinione ». Per mostrare che anche negli omicidi premeditati le corti avevano « degradato la pena », Carrara ricordava il caso di una madre vagabonda, che aveva ordinato al figlio di dodici anni di annegare quello di quattro, che piangeva; il piccolo era stato salvato dal fiume dai passanti, la donna condannata a sei anni per tentato omicidio, che in appello la Corte di Vienna aveva ridotto a quattro, riconoscendo la « mancata cultura e vita antecedente irreprensibile » come scusanti del tentato omicidio, pur ritenuto dalla società un crimine « barbaro ». Carrara chiedeva alla « scienza », prima che al legislatore, la costruzione, « entro certi confini, di un regolamento costante alla coscienza dei giurati », nella consapevolezza che « molto dovrà sudarsi » sul « sistema » di circostanze del reato, tematizzate come « complemento della giustizia distributiva pratica definite a priori dalla legge », non per l'allarme sociale o la « simpatia » per il reo, ma secondo « ragione giuridica » ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ F. CARRARA, *Sul progetto di codice penale ticinese*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., pp. 513-567.

⁽⁵³⁾ F. CARRARA, *Codice penale della Repubblica di San Marino*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., pp. 505 ss.

⁽⁵⁴⁾ F. CARRARA, *Se sia vero che nei delitti atroci non si debbano ammettere le circostanze attenuanti*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., pp. 460 ss.

Anche in tema di « cause » il *Programma* poggiava su « precetti di umanità », nell'auspicio che il diritto « assoluto e immutabile », di ragione, trovasse ascolto in una società disposta al « progresso umanitario ». La « giustizia » appariva « ferita se sotto pretesto di pubblico bene si aumentasse oltre il prescritto *limite* (sic) del diritto di punire, non nel caso inverso ». L'assunto « che si punisse sempre ove la legge comanda » aveva senso entro il « bisogno della tutela giuridica », entro la polarità tra politica e giustizia, per cui la prima non doveva « vincere » sulla seconda « a fine di punire di più », la seconda poteva imporsi sulla prima « a fine di punire meno ». Ammesse cause « indeterminabili dalla legge », come il diritto di grazia, per quelle « determinabili » Carrara chiedeva « regole certe e costanti [...] ne deve conoscere il magistrato secondo regole segnate dalla legge a priori », nell'auspicio che « l'opera prudente del magistrato completi quella del legislatore ». Il *Programma* proponeva « diminuenti politiche », la quietanza dell'offeso nei delitti di azione privata — decisiva nell'adulterio — la confessione del reo tempestiva e utile alla giustizia — nella critica della tesi del Carmignani sulla negativa come aggravante — carcere preventivo sofferto, prescrizione della pena. Riduceva « le cause d'aumento alla recidiva »; fuori da giudizi morali o istanze di allarme sociale, la ragione giuridica era fatta poggiare sulla « insufficienza relativa della pena ordinaria per il recidivista », « dimostrata dallo stesso reo [...] col suo disprezzare la prima pena » ⁽⁵⁵⁾.

Anche l'assetto delle circostanze del reato pareva complicato dalle « diverse » prospettive delle « scuole » ⁽⁵⁶⁾. Nel 1880 Garofalo — magistrato e criminologo sedicente « antidottrinario » — considerava anche queste figure penalistiche entro il « criterio positivo della penalità », e le intendeva come strumento per cogliere l'identità e dunque il trattamento preventivo e/o repressivo per la difesa dalla « temibilità » del « reo » e del « pericoloso » ⁽⁵⁷⁾. Dai primi

⁽⁵⁵⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., pp. 492-527; ID., *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., pp. 127-166.

⁽⁵⁶⁾ G. LETO, *Della proporzione penale secondo le diverse scuole*, Palermo, tip. fratelli Vena, 1889.

⁽⁵⁷⁾ G. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880; ID., *Criminologia. Studio su il delitto, sue cause, suoi mezzi di repressione*, Torino, F.lli Bocca,

scritti fondativi della Scuola positiva ai *Principii* del 1928, passando per il *Progetto* del 1921, Ferri rovesciava l'impostazione 'classica' del reo mero « termine algebrico per l'applicazione della pena proporzionata al delitto e non al delinquente »; le circostanze del reato erano anche un argomento per la critica della « dosimetria penale fissa », fino alla proposta della « pena a tempo indeterminato », definita da Pessina una « eresia giuridica » ⁽⁵⁸⁾.

L'approccio ad una individualizzazione non ingabbiata da norme tassative era estraneo al legislatore liberale, cui premeva soprattutto la mitigazione e semplificazione della scala penale, che — nelle parole di Mancini — doveva fare i conti con chi accusava la netta riduzione dei massimi e minimi edittali di « preteso sentimentalismo ». Il « codice toscano » appariva un modello, anche in risposta a chi lo voleva adatto solo ad « uno Stato piccolo dai mitissimi costumi »; abolita quella capitale come scelta di civiltà giuridica, si indicavano gli estremi delle varie pene — la media per il reato semplice, come insegnava Carrara — con la quantità concreta indicata per i singoli reati nella parte speciale. Nel dibattito parlamentare in vista della stretta conclusiva per varare il codice, Zanardelli asseriva che il « sistema dei gradi fissato a priori » — cui era ostile la magistratura — aveva dato luogo a incertezze e « gravi disparità, come fa fede la patria giurisprudenza », e si era risolto in una « commisurazione artificiale ». La « pratica » e i « cittadini » parevano aspettare « semplicità », nella citazione di Montesquieu di « leggi fatte per uomini di mediocre intendimento ». Tra la « latitudine al giudice » e il « punire ugualmente, enorme inuguaglianza », appariva preferibile la prima alternativa, una « pena elastica », una variazione frazionaria proporzionale della pena base, anche in concorso di circostanze eterogenee. Ferri apprezzava l'abolizione del sistema « un pò cinese dei gradi »; ma, con l'esempio delle frequenti lesioni gravi, punibili con la reclusione da 10 a 24 anni, lamentava il « concedere alla magistratura, per quanto integra ed elevata, un soverchio arbitrio nella condanna di un cittadino ».

1885, p. 67. Sul magistrato e senatore, conservatore e da sempre fautore della pena di morte, che attirò anche l'attenzione di Gramsci cfr. ora M.N. MILETTI, *Garofalo, Raffaele*, in *DBGI*, cit., pp. 947-951.

⁽⁵⁸⁾ E. FERRI, *Principii*, cit., p. 51.

Per conciliare legalità e discrezionalità il legislatore ripensava l'insegnamento della legislazione e della dottrina; l'art. 29 si apriva dunque con la previsione di « pene, che non possono essere aumentate, né diminuite, né commutate se non nei casi espressamente determinati dalla legge ». Aumenti o diminuzioni dovevano essere operati in frazioni rispetto alla pena applicabile senza circostanza, ed il giudice era obbligato a tener conto di tutte quelle accertate. Il concorso, anche di eterogenee, era previsto con un ordine aritmetico, reso più semplice dalle tavole di computo per aumenti e diminuzioni di pena. Mancavano una disciplina generale ed un elenco tassativo di circostanze; la recidiva era disciplinata in un apposito titolo. Tra le cause di diminuzione dell'imputabilità erano indicate la minore età e l'aver agito in stato di provocazione. Senza prevedere obbligo di motivazione per il giudice, l'art. 59 indicava generiche « attenuanti in favore del colpevole », oltre a quelle stabilite espressamente dalla legge; l'ergastolo era sostituito con la reclusione a trent'anni, le altre pene diminuite di un sesto ⁽⁵⁹⁾. Questo assetto 'liberale' sarebbe entrato nel mirino del legislatore fascista; nel complesso la soluzione per il problema delle circostanze del reato adottata dal codice del 1889 non pareva espressione dell'ideologia del legislatore onnipotente, piuttosto dell'invecchiamento del modello illuminista del giudice bocca della legge e del crescente ruolo sociale della giurisprudenza.

5. « *Una forma elevata di arbitrio* » dal Progetto Ferri al codice Rocco.

Nella predicazione positivista la giurisprudenza appariva come motore della giustizia, per rispecchiare — nelle parole di Giulio Fioretti per l'*Archivio* di Lombroso — il « movimento della vita

⁽⁵⁹⁾ Indicazioni in G. CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., II, pp. 874 ss.; C. NASI, *Tavole dei delitti e delle contravvenzioni secondo il codice penale per il Regno d'Italia e le disposizioni per la sua attuazione con confronti e tavole di computo per gli aumenti e le diminuzioni di pena*, Torino, Unione tipografica editrice, 1890.

sociale sotto l'apparente arbitrio della volontà del giudice » ⁽⁶⁰⁾. A cent'anni dalle codificazioni di fine Settecento Carnevale rifletteva sulla praticabilità di una « teoria sull'arbitrio giudiziale nell'applicazione della pena » e di « circostanze giudiziarie arbitrarie », dopo la « eccessiva ampiezza » del diritto comune e la « eccessiva angustia » dei codici. Il *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* pareva aver garantito « l'individuo rispetto agli errori del potere pubblico e dei suoi funzionari »; sulla scorta del pensiero di Dorado Montero, Carnevale asseriva che quel « tempo » e la sottesa « sociologia liberale » avevano lasciato il posto al protagonismo delle « persone sociali », e che la svolta imponeva un ripensamento della legalità. Al proposito il giurista siciliano scriveva di non capire perchè Ferri — interessato ad una « repressione » attenta alle circostanze, indicative della personalità del delinquente — fosse stato il più acceso censore del « soverchio arbitrio », concesso dal codice Zanardelli. Per Carnevale, che, su *Rivista Penale*, citava il consigliere di Cassazione Lucchini, i giudici assolvevano ad una « funzione politica »; come asserito già da Brunialti « attuavano le leggi » e « applicavano il diritto di ragione per quei casi speciali cui non potettero arrivare le provvidenze del legislatore ». Una « forma elevata di arbitrio » — fino all'analogia « secondo i principi generali del codice » — incarnava il « vero magistero » della magistratura, poggiante sulla « coscienza collettiva », e che si risolveva nella « individualizzazione della pena » ⁽⁶¹⁾.

Con l'aprirsi del nuovo secolo i giudici parevano vivere con insofferenza il ruolo di esecutori della legge, per volersi interpreti della realtà sociale anche nel penale. L'ordine giudiziario, nato debole nell'Italia unita, si conquistava spazi costituzionali e nei primi anni del Novecento era investito dalla democratizzazione e mediatizzazione, iscritte nell'incipiente società di massa. Tra i testimoni più lucidi di questa svolta Vittorio Emanuele Orlando — tra l'altro ispiratore di riforme dell'ordine giudiziario da guardasigilli — per la

⁽⁶⁰⁾ Sulla « Giurisprudenza critica » cfr. G. FIORETTI, *Premessa*, in « Archivio di psichiatria », 1887. Su uno dei maestri della Scuola positiva indicazioni in P. MARCHETTI, *Fioretti, Giulio*, in *DBGI*, cit., pp. 876-877.

⁽⁶¹⁾ E. CARNEVALE, *L'arbitrio del giudice nella determinazione della pena*, cit., pp. 329 ss.

giustizia minorile auspicava un « largo potere discrezionale ispirato al principio di individualizzazione della pena » al posto della « scala rigidamente fissata di pene attenuate o aggravate da circostanze non meno rigidamente obbiettive » (62). Mortara allargava l'orizzonte a tutta la giurisdizione penale, dal momento che lo « Stato democratico » implicava una « relazione tra nazione delegante e i poteri ad essa delegati » (63). Un *Commentario* al nuovo codice di procedura penale evocava il nesso tra « coscienza del paese e potestà di condannare » (64). Si radicava la tendenza a considerare le aggravanti strumento di prognosi dei « pericolosi », come in un intervento di Enrico Altavilla, incentrato sulla « psicologia criminale » (65). La « pena indeterminata » prendeva piede in Europa e negli Stati uniti, come ammetteva la massiccia monografia di Ugo Conti — allievo di Lucchini ma attento al 'governo' dei soggetti — pur assertore del dogma 'classico' « una pena o è determinata o non è pena », anche in relazione alla separazione 'liberale' prevenzione/repressione, da ricondurre a norme comuni (66).

In questo orizzonte nel 1919 il guardasigilli Mortara incaricava Ferri di una riforma incentrata sulla difesa sociale dalla « delinquenza in genere e la abituale in particolare », nella sottolineatura del criterio base, la « temibilità o pericolosità dell'autore » e del voler coniugare le « garanzie dei difetti individuali con quelle dei diritti sociali » (67). Per il capofila della 'Scuola' la redazione del I libro del *Progetto* era l'occasione per costruire il passaggio dalla

(62) V.E. ORLANDO, *L'incremento della delinquenza minorile*, in « La Scuola positiva », 1910, pp. 140 ss. Sul grande giurista cfr. ora G. CIANFEROTTI, *Orlando, Vittorio Emanuele*, in *DBGI*, cit., pp. 1465-1469.

(63) L. MORTARA, *La giustizia nello Stato democratico* (1912), in *Id.*, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Napoli, ESI, 1992, pp. 188 ss. Indicazioni sul giurista in N. PICARDI, *Mortara, Ludovico*, in *DBGI*, cit., pp. 1383-1386.

(64) G. VACCA, *Commento al codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1913, p. 529.

(65) E. ALTAVILLA, *Le aggravanti e le qualifiche del furto nel diritto e nella psicologia criminale*, Santa Maria Capua Vetere, F. Cavotta, 1912. Sul positivista di Aversa, maestro della psicologia giudiziaria, cfr. S. CANESTRARI, *Altavilla Enrico*, in *DBGI*, cit., pp. 46-47.

(66) U. CONTI, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, Roma, Società editrice libraria, 1910, pp. 789 ss. Aveva già trattato il tema nel 1899, ci sarebbe tornato nel 1925 *Id.*, *Ancora della pena indeterminata*, Città di Castello 1925. Sul penalista bolognese cfr. S. LARIZZA, *Conti, Ugo*, in *DBGI*, cit., pp. 575-576.

(67) Il decreto del 1919 anche in E. FERRI, *Principii*, cit., p. 605.

« determinazione numerica della pena » alla « cura adatta alla personalità dell'ammalato ». Per evitare un « arbitrio sconfinato e senza controllo » Ferri proponeva la formazione di magistrati « specializzati in discipline criminologiche », fattori di pericolosità definiti dalle norme, tutela « giurisdizionale » nella « esecuzione della sentenza ». L'art. 20 recitava che « nei limiti segnati dalla legge la sanzione si applica al delinquente secondo la sua pericolosità », determinabile in base alla « gravità e modalità del fatto delittuoso, ai motivi determinanti e alla personalità del delinquente ». La « valutazione legislativa e giudiziaria delle circostanze » aveva senso nell'orizzonte di una « opera giudiziaria che ha innanzi a sè individui viventi ». Ferri indicava come modello il *Progetto* Mancini, « opera della pratica sapiente di avvocato », a proposito della scelta di un elenco; in risposta alle prevedibili « obiezioni empiriche » il maestro positivista ammetteva che l'enumerazione era inevitabilmente incompleta ed aperta, e che non avrebbe imbrigliato la « libertà del giudice » come le « prove legali del Medioevo ». Sosteneva che l'elencazione poneva dei « limiti » nell'« adattamento legale e poi giudiziale » della sanzione, nell'impensabilità del magistrato a « intuire il pathos criminale »; e che la motivazione, « non soltanto aridamente giuridica, ma anche socialmente e moralmente educativa », era « garanzia per il giudicabile come per lo Stato che attua la difesa sociale ».

Le circostanze del reato erano dunque « sintomi », ed il giudice era tenuto a tenerne conto come elementi modificativi della sanzione. Le 17 « di maggiore pericolosità », enumerate dall'art. 21, erano elencate per ordine di « valore sintomatico », le « condizioni personali dell'imputato », cioè « precedenti, condizioni organiche e psichiche, precocità criminosa, qualità antisociale dei motivi determinanti, rapporti di parentela e sociali con l'offeso », « modalità dell'esecuzione criminosa », « complicità preordinata », « contegno del delinquente dopo l'esecuzione del delitto », l'aver cagionato un danno « molto probabile e facilmente prevedibile » anche « nei delitti colposi », come nel caso del lanciare un'auto ad alta velocità, indice di non poca « pericolosità sociale ». Quelle di « minore pericolosità », elencate all'art. 22, consideravano le « condizioni personali e il modo di agire », l'onestà nella vita precedente il delitto, l'aver agito per « motivi scusabili o d'interesse pubblico », per

« passione [...] da altri ingiustamente provocata », « speciale o transitoria occasione », ubriachezza, suggestione della folla — ‘vecchio’ tema positivista — il contegno dopo il delitto, l’aver cercato di diminuirne le conseguenze e il danno, la consegna spontanea all’autorità, la confessione prima di essere interrogato dal giudice.

Per Ferri l’abolizione della « casistica delle aggravanti o scusanti per questo o quel delitto » introduceva una semplificazione, con « norme meno artificiali » di quelle del « sistema di gradi o frazioni di pena ». Pareva « preferibile lasciare che il giudice interpreti la norma penale secondo gli innumerevoli e svariati atteggiamenti dell’umana psicologia, rilevati dall’osservazione quotidiana e dalle ricerche scientifiche ». Nel « concorso » il giudice era chiamato a stabilire la « prevalenza e ad applicare la sanzione più adatta alla personalità del delinquente », con l’indicazione che la « distinzione fondamentale » passava tra « motivi sociali, favorevoli alla convivenza sociale », « antisociali [...] vendetta, odio, cupidigia », « conformi al diritto, scusabili o ignobili e futili ». Gli articoli 21 e 22 del *Progetto* affidavano dunque al giudice la misura della « sanzioni, riparatorie, repressive, eliminative », dalla « segregazione a tempo assolutamente indeterminato » nel caso di « massima pericolosità del delinquente » al « perdono giudiziale ». In presenza di « circostanze di maggiore pericolosità eccezionalmente gravi » era prevista la possibilità di una « sanzione immediatamente superiore a quelle previste » come « base » per l’« applicazione giudiziaria ». Ferri sottolineava che i saperi criminologici — di cui pareva cogliere una stanchezza — avrebbero ricevuto grande impulso dalla « pratiche e quotidiane applicazioni » delle « nuove leggi penali », intese a realizzare finalmente un circuito comunicativo di « poteri », dal « giudice istruttore, al decidente, a quello dell’esecuzione » ⁽⁶⁸⁾. Anche in risposta alle critiche, che piovevano da subito, Ferri citava Saleilles e Van Hamel per dichiarare che, nel comminare la sanzione in base alla « personalità del delinquente, più o meno pericolosa », il *Progetto* non faceva altro che « disciplinare per legge » un « esame » svolto « anche ora » nelle aule di giustizia, seppur « empirica-

(68) E. FERRI, *Principii*, cit., pp. 333, 654- 663, 693; art. 20, 21, 22, pp. 760-762.

mente », specie col ricorso alle « attenuanti generiche ed alla condanna condizionale » ⁽⁶⁹⁾.

Del *Progetto* Ferri era il più implacabile avversario Arturo Rocco — incaricato di lì a poco di una revisione del codice Zanardelli — che nel 1923 raccomandava al « governo » di incentrare la « riforma » sulla pena retributiva e sul principio di stretta legalità, scardinato dal lavoro testo positivista ⁽⁷⁰⁾. In questo orizzonte nella *Relazione* presentata nel 1925 alla Camera sulla « riforma » Alfredo Rocco proponeva una più efficace « individualizzazione giudiziaria della pena », non sulla base di una « cerebrina equità », ma della scelta tra « pene alternativamente comminate dalla legge ». In quell'occasione il guardasigilli accennava all'eventualità di « estendere l'efficacia scusante delle cosiddette generiche » e di un più largo ricorso alla « condanna condizionale » ⁽⁷¹⁾. D'altro canto i lavori in vista della codificazione si svolgevano entro un dibattito segnato dai temi securitari della « lotta » alla recidiva, di misure repressive e preventive contro i pericolosi, della reintroduzione della morte per gli attentati contro lo Stato, temi 'fascisti', che si erano fatti strada nella società. Alfredo De Marsico — relatore della Commissione ministeriale — considerava che nella prassi più delle previsioni legislative contava il « temperamento del giudice », cui il codice del 1889 non chiedeva « dovere di motivazione ». Le « attenuanti generiche » erano indicate come la criticità più grave, specie per il giurì, « mite nei reati contro le persone, severissimo per quelli contro la proprietà ». De Marsico proponeva pertanto che si ovviasse alla « coscienza popolare incline all'assoluzione » spostando parecchi reati alla « competenza del giudice tecnico » e con un elenco tassativo di circostanze del reato, secondo il modello del *Progetto* Ferri, ma soprattutto di quello del Mancini ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ E. FERRI, *Saggio di applicazione delle norme generali secondo il Progetto del libro I di codice penale*, in « La Scuola positiva », 1923, p. 82; ID., *Il nuovo ministro della giustizia, on Oviglio e la riforma delle leggi penali*, in « La Scuola positiva », 1922, p. 565.

⁽⁷⁰⁾ *Relazione del professore Arturo Rocco alla Facoltà giuridica di Napoli sul progetto preliminare di codice penale italiano (Libro I) proposto dalla Commissione reale per la riforma delle leggi penali*, in « Rivista penale », 1923, pp. 504-509.

⁽⁷¹⁾ *Relazione Rocco*, cit., pp. 11 ss.

⁽⁷²⁾ *Relazione De Marsico*, cit., pp. 45 ss. Sull'avvocato, docente e politico cfr. ora A. MAZZACANE, *De Marsico, Alfredo*, in *DBGI*, cit., pp. 695-697.

Sull'assetto degli *accidentalia*, che differivano dagli elementi costitutivi del reato per essere assoggettati ad un criterio di imputazione oggettiva, si giocava la partita tra il legislatore — che si avviava a introdurre criteri di discrezionalità vincolata — e magistratura. Mariano D'Amelio — alto magistrato e presidente della Commissione parlamentare incaricata di un parere sul *Progetto* del 1927 — pareva non ritenere sufficientemente ampio il potere discrezionale del giudice sotteso al « sistema della prevalenza in blocco », che non consentiva di « individualizzare la pena al fatto e alla persona del colpevole » ⁽⁷³⁾. Nella Relazione al testo definitivo Rocco rilevava che un eventuale andar oltre i « limiti legali di pena » avrebbe condotto a « diminuzioni in qualche caso addirittura irrazionali ». Del resto il *Progetto* del 1927 aveva nell'inasprimento del carico sanzionatorio la chiave di volta: anche in tema di circostanze a Rocco premeva proprio un cambiamento d'ordine *politico*, con la critica dell'art. 59 del codice Zanardelli, « mezzo per diminuire la pena, ad arbitrio del giudice [...] concessione che si faceva al colpevole [...] per una non sempre ponderata considerazione di pretesa equità ». Anche l'obbligo di motivazione serviva in primo luogo ad evitare il « concedere come oggi purtroppo avviene attenuanti generiche in nessun modo qualificabili come circostanze del fatto ». Al tempo stesso Rocco sottolineava che il potere discrezionale del giudice — « degno della fiducia che in lui il legislatore ha riposto » — era irriducibile ad « arido risultato di successive operazioni aritmetiche ». Quasi a giustificare la casistica di cui agli articoli 61 e 62 il guardasigilli sosteneva che l'« enumerazione » era « esemplificativa » e comunque coordinata con i criteri direttivi indicati dall'art. 133, « gravità del reato: valutazione agli effetti della pena » ⁽⁷⁴⁾.

Le norme poi sfociate nel *Capo II Titolo III* e *Capo I titolo V* erano ampiamente discusse; agli elogi si affiancavano rilievi sullo scarto tra « apparente rigida valutazione » e la « realtà di uno sconfinato potere del giudice », poco corretto dal « prevalentemente morale dovere di motivazione ». Non convincevano l'elenco troppo casistico, l'imputare all'agente circostanze non conosciute, specie

⁽⁷³⁾ *Relazione D'Amelio*, in *Lavori preparatori*, cit., pp. 182 ss. Sull'alto magistrato cfr. F. AULETTA, *D'Amelio, Mariano*, in *DBGI*, cit., pp. 635-638.

⁽⁷⁴⁾ *Relazione Rocco*, cit., V, p. 125.

per le aggravanti, la « libertà » del giudice nel concorso di circostanze eterogenee, con valutazione di prevalenza od equivalenza di quelle di segno opposto, con applicazione solo di quelle prevalenti o con la vanificazione di entrambe in caso di equivalenza. La facoltà di mutare il « genere di pena » sembrava trasformare il giudizio, fino alla considerazione che « la legge la fa e la applica il giudice », che si auspicava in grado di ripagare il legislatore della « fiducia riposta » ⁽⁷⁵⁾. A ragione Ferri vedeva nel *Progetto* Rocco riflessa la « realtà storica, scientifica e legislativa del nostro paese »; non nascondeva però che l'elenco rocciano delle circostanze del reato — debitore del *Progetto* del 1921 — era calato entro un impanto codicistico del fatto, retributivo ed assunto in « funzione giuridica diversa, soltanto per la misura della pena e dal punto di vista obbiettivo del delitto ». L'« equivalenza » tra aggravanti e attenuanti appariva poi impensabile nell'ottica positivista della individuazione della « pericolosità del delinquente » ⁽⁷⁶⁾.

Venivano da Paoli le critiche *politiche* all'assetto complessivo di queste figure penalistiche, poggiante sulla « severità ». Al proposito il docente e avvocato ricordava che l'avversione di Carrara per l'istituto era bilanciata dall'apprezzamento del codice toscano del 1853, che aveva previsto una sola attenuante, proprio per il reato più grave, l'omicidio premeditato, col risultato concretissimo di evitare il ricorso alla pena di morte, elargita ampiamente dal nuovo codice e dove « il potere discrezionale non si esercita ». In risposta alla vulgata, peraltro precedente il regime, del « vantaggio per il delinquente », Paoli sosteneva che nella sua lunga esperienza forense nessun Pubblico ministero o avvocato di parte civile aveva mai lamentato gli « abusi », stigmatizzati invece dal legislatore. Forte dell'esperienza della storia Paoli concludeva che l'abolizione delle generiche avrebbe spinto i giudici alla « disapplicazione, che ne

⁽⁷⁵⁾ Sui pareri e sull'ampio dibattito cfr. *Lavori preparatori*, cit., III, pp. 446 ss., 456; IV, 2, pp. 199 ss.; G. MARCIANO, *Delle circostanze del reato nel progetto italiano di codice penale*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico*, cit., p. 342.

⁽⁷⁶⁾ E. FERRI, *Il Progetto Rocco di codice penale italiano*, in *Id.*, *Principii*, cit., pp. 811-828.

svaluterà il rigore, susciterà pietà per l'offensore più che per l'offeso » (77).

Dal canto suo Rocco rispondeva alle perplessità, di segno opposto, presentando l'impianto complessivo del codice come una 'moderna' mediazione tra rigidità 'post-illuministica' e potere discrezionale illimitato, specie laddove il bilanciamento di circostanze era escluso ogni volta che la pena era determinata in modo autonomo. Il guardasigilli affermava di aver scartata l'introduzione di « aggravanti generiche » — caldeggiata al Senato da Garofalo — che avrebbe introdotto nel codice l'eresia dei 'classici', le « pene indeterminate ». Sosteneva insomma di aver centrato l'obiettivo di coniugare penale e « coscienza sociale », di comporre « discrezionalità » e « legalità », evitando certi criteri di individualizzazione della pena « irrazionali » (78). Nella piena condivisione della prospettiva del guardasigilli, Novelli osservava che il codice del 1930 aveva meritoriamente aggiunto alla « individualizzazione legislativa » quella « giudiziale », e, grazie all'istituzione del giudice di sorveglianza, quella « esecutiva » (79).

In una nota pagina di 'storia penale' del 1958 Giuliano Vassalli osservava che il « potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena », da mettere in relazione con il discusso art. 133 — quale « gravità del reato », come « valutarla » — era comprensibile entro una giustizia penale specchio delle scelte politiche del sistema positivo; il giudice italiano, motore del sistema, appariva diverso sia dalla rappresentazione di Montesquieu — la 'mitica' bocca della legge — che da quello disegnato da uno Statuto fiorentino, « *qui imponet poenam arbitrio suo* ». Vassalli pareva inoltre cogliere che l'equilibrio codicistico tra legalità e discrezionalità sarebbe vissuto ben più nell'Italia repubblicana che in quella fascista (80). Negli anni

(77) G. PAOLI, *Le circostanze del reato*, cit., pp. 297 ss.

(78) *Relazione Rocco*, cit., V, pp. 120-125.

(79) G. NOVELLI, *Primi lineamenti di una teoria della individualizzazione della pena*, cit., pp. 454-479.

(80) G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, in *Conferenze*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 727 ss. Su questo scritto di Vassalli cfr. anche E. DOLCINI, *L'art. 133 al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 243 ss. Sul maestro del penale nel Novecento, 'penalista civile', padre, con Gian Domenico Pisapia, dell'unico codice della

la legislazione in tema di circostanze del reato sembrava riproporre l'attitudine di strumento di politica del diritto, nell'assenza di riforme compensata dall'ampliamento dell'*'arbitrium iudicis'*. La Novella del 1974 — esemplare di questa tendenza — era intesa ad attenuare la severità del quadro sanzionatorio, scelta rovesciata nei recenti provvedimenti in tema di recidiva o di aggravante della clandestinità, dichiarata incostituzionale. In questa oscillazione legislativa, priva di coerenza, dove è ancora arduo identificare il reato autonomo o la circostanza — cui pure si riconoscono rilevanti effetti sostantivi e processuali — la discrezionalità perimetrata dall'assetto 'riformato' delle circostanze del reato è parsa « eccessiva », al punto di prospettare la necessità di « una sorta di ritorno al codice Rocco » ⁽⁸¹⁾.

Repubblica, indicazioni in F. PALAZZO, in *Vassalli, Giuliano*, in *DBGI*, cit., pp. 2025-2028..

⁽⁸¹⁾ A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato*, cit., pp. 413, 427. Riteneva il Progetto Grosso di riforma più simile al codice del 1930 che alle riforme successive G. VASSALLI, *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale*, cit., p. 402.

SEBASTIÁN MARTÍN

MODELOS DE CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA (1822-1944)

1. Introducción: seis códigos, tres modelos. — 2. Modelo liberal. Caracteres generales. — 2.1 Fundamentos: forma-código y derecho natural. — 2.2. Arbitrio del juez. — 2.3. Circunstancias y determinación de la pena. — 2.4. Estructura. — 2.5. Dos principios: voluntad y ley. — 2.6. Política criminal: defensa de la sociedad. — 3. Modelo liberal: declinaciones, críticas, vaciamientos. — 3.1. Declinación conservadora. — 3.2. Declinación progresista. — 3.3. Crisis del modelo liberal y crítica positivista: dos momentos. — 3.4. Vaciamientos. — 3.5. Declinación democrática. — 3.6. Retorno a la declinación conservadora y fuga totalitaria. — 4. El modelo constitucional-ilustrado. — 5. Modelo de la defensa social.

1. *Introducción: seis códigos, tres modelos* ⁽¹⁾.

La historia de la legislación penal española es tan discontinua como su historia constitucional. Desde el comienzo del constitucionalismo en España, en 1808-1812, hasta su derrumbe con la dictadura del general Franco, se sucedieron seis códigos penales y un dilatado periodo de vigencia de la legislación punitiva tradicional, procedente en buena parte de la Castilla bajomedieval.

El primero de esos códigos, el de 1822, promulgado durante el llamado Trienio Liberal, transfirió a la materia penal algunos de los

⁽¹⁾ A efectos de resumir, se adelantan ya las abreviaturas que serán empleadas en el presente trabajo: CP22 (código penal de 1822), CP48 (código penal de 1848), CP50 (código penal de 1850), CP70 (código penal de 1870), CP28 (código penal de 1928), CP32 (código penal de 1932), CP44 (código penal de 1944), CEPC (Centro de Estudios Políticos Constitucionales), ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), RGLJ (Revista General de Legislación y Jurisprudencia), AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español).

principios ilustrados consagrados en la Constitución de Cádiz ⁽²⁾ y bebió tanto de la reciente codificación francesa como de algunas instituciones punitivas tradicionales del país ⁽³⁾. Su vigencia fue efímera: los retrasos en su entrada en vigor y la pérdida de toda su fuerza vinculante junto a la del propio sistema constitucional, abolido por las armas de la Santa Alianza en la primavera de 1823, hicieron que se aplicase tan solo unos pocos meses ⁽⁴⁾. Desde ese mismo momento se restauró lo que Francisco Tomás y Valiente denominó « el derecho penal de la Monarquía absoluta ». Su contenido legal se encontraba, entre otras fuentes, en las *Siete Partidas* del rey Alfonso El Sabio, en residuos forales y en la legislación regia coleccionada en la *Novísima Recopilación*. Entre 1823 y 1848, es decir, hasta prácticamente la mitad del siglo XIX, mientras en España se fundaba el Estado liberal en su división territorial y en sus aparatos administrativos y judiciales, rigió, pues, un derecho penal que tendía a identificar el delito con el pecado, caracterizado por la severidad de sus penas, por el recurso estructural al arbitrio judicial,

(2) Sobre tales principios, con especial atención al campo procesal-penal, vid. P. ALONSO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPC, 2008. En particular sobre la conexión entre Constitución y código a nivel de axiomas fundadores, I.F. BENÍTEZ, *El principio de legalidad penal en la Constitución de 1812. Su proyección en el Código Penal de 1822*, en M.Á. Chamocho Cantudo, J. Lozano Miralles (eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012, pp. 195-210, aunque la comunicación entre ambos órdenes normativos se produjo también en dimensiones poco racionalistas como el confesionalismo católico: A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*, en « Revista de Derecho penal y Criminología », 9 (2013), pp. 143-172.

(3) J.B. CAÑIZARES NAVARRO, *El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras, balance historiográfico (desde el siglo XX)*, en « Glossae. European Journal of Legal History », 9 (2013), pp. 108-136, quien resta trascendencia al influjo francés más allá de la sistemática codificadora.

(4) Se trata de un asunto debatido y bien estudiado: J. ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, « ADPCP », 18 (1965), pp. 263-278; A. FIESTAS LOZANO, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, « Revista de Historia del Derecho », 2/1 (1976-77), pp. 55-77; J.R. CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código Penal de 1822*, « ADPCP », 22 (1979), pp. 333-344; y J.L. BERMEJO CABRERO, *Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822*, « AHDE », 66 (1996), pp. 967-972.

por la falta de motivación de las sentencias y por su organización arcaica, asistemática y casuística ⁽⁵⁾.

Se sucedieron en ese tramo varios proyectos codificadores de orientación ilustrada moderada ⁽⁶⁾, pero hasta 1848 no llegaría el primer código penal español de eficacia plena. Su estructura y sus principios permanecerían en vigor durante más de un siglo, pues se transmitieron a los códigos sucesivos, que lo consideraron su modelo de referencia. Aprobado según el método autoritario de la autorización legislativa al ejecutivo, que evitaba una auténtica deliberación parlamentaria en torno a sus preceptos ⁽⁷⁾, el código, en su decreto de promulgación, quebrantando todavía más el principio de legalidad, permitía al gobierno modificar unilateralmente su articu-

⁽⁵⁾ Un derecho criminal conformado por una legislación severa, « casuística, confusa, cumulativa », que dejaba « excesivo margen al arbitrio judicial » y ajena a todo principio de proporcionalidad: F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* (1992²), en Id., *Obras completas*, vol. 1, Madrid, CEPC, 1997, p. 485: Véase también J. BARÓ PAZOS, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos*, « AHDE », 83 (2013), pp. 105-138. Conviene además transcribir el testimonio de una autoridad de época para apreciar la envergadura brutal de esta persistencia jurídica: « Todos los absurdos, todas las crueldades, que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellas, han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente [...] La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas [...] La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales [...] ninguna nueva y más exacta definición del crimen; las mismas o casi las mismas penas que en los siglos medios; y, por complemento, la arbitrariedad, reconocida y ordenada como principio en nuestros tribunales », J.F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado* (1856²), tomo I, Madrid, Imp. Manuel Tello, 1870⁴, p. XLV y XLVI.

⁽⁶⁾ Fueron al menos cuatro proyectos, datados en 1830, 1831, 1834 y 1839, todos estrechamente relacionados, realizados los tres primeros con intervención, mayor o menor, de Pedro Sainz de Andino, y concebido el último de ellos, inicialmente, como reforma del código de 1822, propósito ampliamente incumplido por la comisión encargada de redactarlo: vid. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*. 5. *Codificación penal*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 173-241.

⁽⁷⁾ Tampoco se dio previa consulta a corporaciones académicas y especialistas: v. D. del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 75-92; E. INESTA PASTOR, *El Código Penal Español de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 112; G. COBO del ROSAL PÉREZ, *Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal*, « AHDE », 81 (2011), pp. 921-972.

lado (8). Esta posibilidad se materializó dos años después, en el contexto de las revoluciones democráticas del '48. Se introdujeron en ese trance reformas dirigidas a la extensión y endurecimiento de las penas, sobre todo en materia de delitos contra la seguridad del Estado y el orden público. La intervención punitiva del Estado se amplió así considerablemente: se acuñaron nuevos tipos como el de « escándalo público » y el de « desacato », se generalizó el castigo de la conspiración y la proposición para delinquir, antes previsto solo en relación a determinados delitos, y se extendió la facultad de fijar penas a los órganos administrativos con sus « ordenanzas » y « mandatos » (9), en una nítida manifestación de autoritarismo penal. Tan relevantes resultaron dichas reformas, que su resultado ha sido considerado, en la historia penal española, como un nuevo código, el de 1850 (10), tercero de nuestra historia legislativa decimonónica.

El código de 1848, reformado en 1850, es el código del Estado liberal, centralista y conservador español. Fundado en las ideas eclécticas de Pellegrino Rossi y Joaquín Francisco Pacheco, y animado en sus preceptos por el principio « retributivo » y por el de « intimidación general » propio de los « sistemas autoritarios » (11), este cuerpo legal, desde un punto de vista político-criminal, se orientó hacia « la defensa cerrada de la oligarquía », lo que hizo caer el peso de su severidad, ante todo, sobre « las clases populares » y « los disidentes políticos y religiosos » (12). Estuvo vigente hasta la Revolución Gloriosa de 1868 y la ulterior instauración de una democracia liberal y progresista, aunque todavía limitada al sufragio

(8) « Art. 2º. El Gobierno hará por sí cualquiera reforma, si fuera urgente, dando cuenta á las Córtes tan pronto como fuera posible ».

(9) « Art. 19. No será castigado ningun delito, ni las faltas que solo pueden conocer los Tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de Autoridad á la cual estuviera concedida esta facultad » (CP50).

(10) Sobre su elaboración a través de decretos, sin atender a recomendaciones judiciales, o por novación gubernamental directa al momento de su publicación, así como sobre sus principales y regresivas aportaciones: vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España*, cit., pp. 287-302 y 332-334. .

(11) J. ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, « ADPCP », 18 (1965), pp. 473-496, p. 491.

(12) IÑESTA PASTOR, *El Código Penal Español de 1848*, cit., pp. 252-290.

masculino y con una percepción de los derechos más restringida de lo que se anunciaba en sus comienzos ⁽¹³⁾.

Fue durante el nuevo periodo recién inaugurado, el llamado Sexenio Democrático (1868-1873), y bajo el Ministerio de Justicia de Eugenio Montero Ríos, cuando se promulgaron las leyes penales fundamentales para lo que restaba del Ochocientos y para nada menos que los primeros ochenta años del siglo XX: la ley provisional sobre organización del poder judicial (15-IX-1870), el código penal de ese mismo año y la ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872. Realizado también según la técnica centralista de la autorización, aunque con mayor margen para la discusión parlamentaria en materias políticamente sensibles, este nuevo código intentó adecuar la disciplina penal a las exigencias liberales y democráticas planteadas en la Constitución de 1869 y procuró, en consecuencia, «humanizar» los aspectos más duros y polémicos del cuerpo normativo de 1850, sin perder por ello toda dosis de severidad ⁽¹⁴⁾. De hecho, algunas de las críticas, paradójicamente formuladas por la oposición conservadora, subrayaban lo escasamente liberal que resultaba el nuevo código en su disciplina de los delitos relacionados con el ejercicio de los derechos individuales y políticos ⁽¹⁵⁾.

El código de 1870 fue objeto de reformas puntuales que eliminaron algunas de sus previsiones más liberales, como las relativas al orden religioso, con el fin de encajar su articulado en la Constitución, confesional y liberal-conservadora, de 1876. También experimentó ciertas revisiones que trataron de adecuar su articulado a los avances de la ciencia penitenciaria, más humanista y progresiva ⁽¹⁶⁾. Y contó, en fin, con numerosas tentativas de reforma completa, ninguna de las cuales llegó a fructificar ⁽¹⁷⁾. 1848, 1850 y 1870, tales

⁽¹³⁾ C. SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, CEPC, 2005.

⁽¹⁴⁾ J. ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1870*, «ADPCP», 23 (1970), pp. 229-252.

⁽¹⁵⁾ R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969, pp. 22-26.

⁽¹⁶⁾ Para ambos casos, vid. LASSO GAITE, *Codificación penal*, cit., pp. 493-631.

⁽¹⁷⁾ Junto al texto de referencia citado en nota anterior, puede también verse, para los proyectos finiseculares, J. ANTÓN ONECA, *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, «ADPCP», 25 (1972), pp. 249-288.

son, pues, los hitos fundamentales de la codificación penal decimonónica en la España liberal. Los dos códigos sucesivos que habrán de interesarnos, el de 1932, promulgado a comienzos de la II República, y el de 1944, sancionado en los primeros años del franquismo, fueron, en rigor, reformas del código de 1870. Sus respectivas estructuras, la distribución de contenidos, su economía interna, eran idénticas, aunque en cada uno de los casos se acentuaron aspectos políticos de principio acordes con los diversos, y frontalmente opuestos, regímenes en vigor. De este modo, tras 1870, solo un código se colocaría fuera de estas concepciones: el de 1928, el cuerpo de derecho penal, con aspiraciones de cientificismo, aprobado bajo la dictadura de Miguel Primo de Rivera.

Queda así delimitado el campo documental a explorar en nuestro análisis: los códigos de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944. Tendremos también que examinar algunas leyes especiales, sobre todo en materia de peligrosidad social y de delincuencia política, que tuvieron su propia disciplina del delito, con una concepción particular de sus circunstancias agravantes y atenuantes.

Nuestro asunto es precisamente ese: el de las circunstancias del delito. Esta cadena de códigos, en apariencia irregular, contemplada a través del hilo conductor que habremos de rastrear, no arroja, sin embargo, una imagen de discontinuidad y heterogeneidad en lo que respecta a la noción de las circunstancias. Antes al contrario, tras esta concatenación de códigos subyace una clara continuidad en lo que se refiere a la concepción y organización de las circunstancias del delito. Por este motivo, la aparente complejidad normativa de los códigos sucesivos puede reducirse, para nuestro objeto, a varios tipos ideales. Para construir estos tipos, se precisan algunos principios hermenéuticos; a mi juicio, cabe identificar dichas claves de lectura con unos pocos elementos: la concepción de la forma-código dominante en la cultura jurídica coetánea, la relación con el *arbitrium* de los magistrados, la importancia de los objetivos de política criminal. Mi hipótesis es que, según la distribución y la proporcionalidad respectiva entre estos factores se pueden distinguir, al menos, tres modelos diferentes en la regulación de las circunstancias del delito.

El primero de ellos, que denominaré *constitucional-ilustrado*, se encuentra en la codificación penal del primer constitucionalismo

español. El segundo, al que llamaré modelo *liberal*, es el más relevante y duradero, pues se halla inscrito en los códigos de 1848-50, 1870 y sus sucesivas reformas. El tercer modelo, que identificaremos como el de la *defensa social*, se encuentra en el cuerpo punitivo de 1928.

A su vez, el segundo modelo, el liberal, conoció diversas declinaciones. Todas compartían los elementos estructurales, pero ponían un énfasis especial o interpretaban de forma singular alguno de sus factores particulares. Así, podemos identificar una primera declinación conservadora, que recorre las décadas centrales del siglo XIX, seguida de otra más progresista, propia del código de 1870, a la que siguió, ya en el siglo XX, una declinación democrática bajo la II República, que fue rápidamente cancelada por la guerra y la ulterior dictadura que, con perfiles propios, rescataron los acentos más autoritarios, añadiendo incluso algún punto de fuga de índole estrictamente totalitaria. Se observa, pues, que las diferentes declinaciones se hallan en función de los sistemas políticos en vigor, evidencia que nos conduce a inscribir nuestro objeto, el de la exposición de los modelos de circunstancias del delito, en la más general historia político-constitucional de España.

Siendo el modelo liberal, con sus declinaciones citadas, el más decisivo, por su centralidad y duración, en la experiencia española, por él comenzaremos y a él dedicaremos la mayor parte del presente escrito. Reservaremos el apartado final para algunas consideraciones referidas a los otros dos modelos aludidos, el constitucional-ilustrado y el de la defensa social.

2. *Modelo liberal. Caracteres generales.*

2.1. *Fundamentos: forma-código y derecho natural.*

En el modelo liberal, las circunstancias del delito se justificaban por la insuficiencia de la forma legal del código. Promulgado a mitad de siglo, las carencias de la utopía codificadora ya resultaban bien reconocidas. El código debía, sí, acuñar los tipos penales, pero tenía también que introducir las circunstancias para conciliar la rigidez de las fórmulas abstractas con el particularismo inagotable de los hechos. En 1848, ya no era posible proponer una ecuación exacta entre in-

fracción y pena, eliminando por completo la intervención del juez en la determinación de la pena a la luz de los hechos acontecidos.

Por otra parte, la importancia de la legislación criminal medieval, su vivísimo recuerdo en 1848, la aplicación persistente de la legislación premoderna en el derecho penal ⁽¹⁸⁾ y en el civil y su presencia en la enseñanza del derecho y en la formación de los abogados y jueces ⁽¹⁹⁾, hacía derivar el sentido mismo de las circunstancias del propio derecho natural y del histórico. Sus fundamentos no radicaban en razones de técnica legislativa, ni en criterios racionalistas de proporcionalidad, sino en motivos iusnaturalistas presentes ya en las leyes romanas y, sobre todo, en el derecho propio de la Corona de Castilla. En efecto, para Joaquín Francisco Pacheco, el principal comentarista del código de 1848, la razón última de las circunstancias residía en motivos éticos, jurídico-naturales, ya declarados en los viejos cuerpos legales romanos y castellanos, de los que los códigos modernos, a estos efectos, eran puros legatarios ⁽²⁰⁾.

2.2. *Arbitrio del juez.*

Esta persistencia de la legislación tradicional en España, la paralela transición sin ruptura constituyente desde la vieja monarquía al Estado liberal, explican también por qué el arbitrio del juez no fue visto como un peligro en la misma medida que, por ejemplo, en la experiencia constitucional francesa. El derecho penal codificado no pretendía ser un derecho contrario, en términos absolutos,

⁽¹⁸⁾ Un utilísimo fresco de estas prácticas reaccionarias, extra-código y poco garantistas en la praxis procesal penal se encuentra en J. VALLEJO, *Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico*, en M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 325-360.

⁽¹⁹⁾ Tan grávido en consecuencias era para la mentalidad jurídica española esta continuidad tradicional que el derecho era concebido en sus fundamentos como historia: S. MARTÍN, *La modernización del discurso jurídico en la Universidad Central durante la Segunda República*, en E. González Calleja, Á. Ribagorda (eds.), *La Universidad Central durante la Segunda República. Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria (1931-1939)*, Madrid, Dykinson - Universidad Carlos III, 2013, pp. 169-213, « Antecedentes: el paradigma jurídico de la España isabelina o el derecho como historia (1845-1870) ».

⁽²⁰⁾ PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, cit., pp. 183-185.

a la prudente discrecionalidad del magistrado. Las circunstancias, por el contrario, fueron concebidas desde el comienzo como una indispensable prerrogativa concedida al juez. Solo de este modo podría atemperar la rigidez de la ley penal y dictar sentencias justas.

A esta razón de corte tradicionalista, se sumaba otra, de índole administrativa, que también llevaba a no temer especialmente los desafueros del arbitrio judicial: el hecho de que el poder judicial se estructurase como dependencia del poder ejecutivo, como « Administración de Justicia », según lo denominaba el título correspondiente de la Constitución doctrinaria de 1845, suponía, como tendríamos oportunidad de insistir, una falta de independencia y una capacidad gubernamental de fiscalización y control tales que casi toda posibilidad de heterodoxia jurisdiccional quedaba conjurada de partida. Así, tanto por las persistencias normativas y jurisdiccionales del antiguo régimen como por las peculiaridades centralistas del Estado liberal, el arbitrio judicial, contra lo que superficialmente pudiera pensarse, no era un factor rechazado de plano en el modelo penal predominante de la España decimonónica. Por el contrario, ocupaba una posición central aun en el contexto de un derecho codificado, y su importancia se apreciaba en la justificación de la razón de ser de las circunstancias.

El valor especial que el legislador penal español atribuyó a la elección del juez puede comprobarse, de hecho, en una de las trazas más destacadas de este modelo liberal de las circunstancias: la cláusula abierta, situada al final del elenco de las atenuantes, pero también de las agravantes, que permitía al juez aplicar una circunstancia análoga, de entidad equivalente, no prevista explícitamente por la ley ⁽²¹⁾. La creación judicial de nuevas circunstancias suponía una excepción clamorosa al principio de legalidad, que, junto a otras, como la citada posibilidad de reformar el código de 1848 mediante decreto gubernamental o la también mentada capacidad de fijar penas por simples mandatos u ordenanzas administrativas, ilustran cómo este modelo se hallaba lejos de los ideales ilustrados de taxatividad y limitación rigurosa del arbitrio de los jueces.

(21) El CP48 y el CP50, pero también el CP70, hablaban, para atenuantes y agravantes, de « cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores » (art. 9.8 y 10.23, respectivamente).

A esta apertura general al arbitrio judicial por la vía de la analogía debe agregarse otra, de carácter especial, para la minoría de edad, cuando el menor delincuente tuviese más de nueve, pero menos de quince años. En estos casos, era el tribunal el encargado de adjudicar a dicha circunstancia el valor de eximente o de mera atenuante, determinando expresamente si el menor había obrado, o no, « con discernimiento ». En caso afirmativo, podía imponerse una « pena discrecional », aunque debía ser siempre « inferior en dos grados por lo menos » a la fijada por la ley, según dictaba la regla para la aplicación de penas vigente para esta circunstancia en los códigos de 1848 y 1850 (art. 72). Y en caso negativo, el código de 1870 (art. 8.3^a) ordenaría su entrega a la familia « con encargo de vigilarlo y educarlo », o, en su defecto, su encierro por tiempo indeterminado en « un establecimiento de beneficencia destinado a la educacion de huérfanos y desamparados ».

2.3. *Circunstancias y determinación de la pena.*

Esta destacada apertura a la intervención de los jueces no era, sin embargo, plena. El núcleo del modelo punitivo liberal estribaba, en efecto, en el vínculo entre las circunstancias y la concreción de la pena. Es en esta tensión entre la discrecionalidad del juez en la valoración de los hechos y las consecuencias previstas por la ley para su apreciación donde se resuelve el modelo liberal de las circunstancias. Es cierto, pues, que el sistema español de clasificación de las agravantes o las atenuantes, aunque realizado de forma taxativa, concedía al juez el poder de identificar una nueva, análoga circunstancia, pero los efectos penales de todas ellas venían, con mayor o menor margen de disposición discrecional, determinados objetivamente por la ley penal.

La discrecionalidad valorativa del juez se encontraba entonces encerrada en un marco legal que, dicho en términos simplificadores, jerarquizaba varios tipos de pena en función de su respectiva gravedad, y después distinguía entre varios grados (o entre varios periodos) dentro de cada una de ellas en función de su respectiva clase, duración o cuantía. La sistemática legal de las circunstancias daba así lugar a una suerte de « aritmética penal », también denominada « dosime-

tría » ⁽²²⁾, del que se desprende con claridad que las circunstancias desempeñaban un papel de garantía de proporcionalidad. Podría, por consiguiente, afirmarse que este modelo de circunstancias permitía al juez identificar y precisar los delitos por los elementos objetivos y subjetivos que habían concurrido en su comisión, pero, salvo excepciones, no le autorizaba a individualizar la pena en función del delincuente, sino solo a elegir la expresamente asignada por la ley para el delito cometido y a determinar su duración dentro de la horquilla fijada de antemano por la norma penal. Con todo, según veremos cuando examinemos las diferentes declinaciones de este modelo liberal, incluso en las llamadas « reglas para la aplicación de las penas en atención a las circunstancias » podía tener mayor o menor cabida la discrecionalidad judicial según el código de que tratemos.

2.4. *Estructura.*

Las circunstancias del delito en el modelo liberal se clasificaban basándose en el principio de la responsabilidad del autor. Existían, por tanto, tres tipos: a) las que mostraban que no existía responsabilidad en absoluto y el hecho delictivo no era, pues, imputable a su autor, esto es, las llamadas « eximentes »; b) las que mostraban un grado menor de responsabilidad criminal y servían, por tanto, para disminuir la duración o rigor de la pena, esto es, las circunstancias « atenuantes »; y c) las que, exhibiendo un nivel más elevado de responsabilidad delictiva, agravaban la consecuencia punitiva del delito, es decir, las denominadas « agravantes ».

Téngase presente que las circunstancias eximentes pronto serían concebidas por la doctrina como elementos ajenos a la sistemática de las circunstancias estrictamente consideradas, estimándose, por un lado, como causas de inimputabilidad, por falta completa de voluntad, o bien, por otro lado, como causas de justificación, por hallarse la comisión del delito justificada en razón de los hechos o de las previsiones legales. De cualquier forma, todos los códigos que nos interesan dentro del modelo liberal continuaron ordenando las circunstancias en los tres bloques mencionados (eximentes, atenuantes,

⁽²²⁾ M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid - Facultad de Derecho, 1982, p. 43.

agravantes). Solo el de 1928, al que volveremos al concluir el texto, llevó a la letra de la ley la distinción doctrinal entre « causas de inimputabilidad » y « causas de justificación » como diferenciadas de las circunstancias propiamente dichas. Ahora bien, la doctrina penal, ya desde finales del siglo XIX, indicaría la impropiedad de tratar de circunstancias de un delito cuando, en rigor, no se había producido tal delito, bien porque el aparente hecho criminal no fuese más que « el cumplimiento del Derecho mismo », como acontecía en las « causas de justificación », o bien porque hubiese faltado todo atisbo de acción voluntaria, lo que convertía « el crimen en desgracia », como ocurría en los llamados « estados de inimputabilidad » (23).

En definitiva, en el campo de la cultura jurídico-penal, ya desde estas fechas las circunstancias quedarían reducidas a las dos archiconocidas, las atenuantes y las agravantes. La disciplina codificada del modelo liberal, sin embargo, no recogería esta aportación doctrinal, aunque sí la novedad, desde el código de 1870, de las llamadas « circunstancias mixtas », como la del parentesco, cuyo carácter agravante o atenuante debía ser decidido por los jueces en atención al caso concreto.

2.5. *Dos principios: voluntad y ley.*

Aunque el sistema liberal de las circunstancias fuese casuístico, toda su arquitectura se alzaba sobre dos principios fundamentales: uno, la voluntad; otro, la ley, pero no considerada en términos generales, sino en calidad de instrumento de reconocimiento y validez de los derechos y deberes del ciudadano. Obsérvese, además, que la importancia medular de estos dos axiomas también explica la diferenciación interna de las eximentes entre los estados de inimputabilidad y las causas de justificación, afectando los primeros a la voluntad y las segundas al orden jurídico objetivo.

La voluntad era un elemento central del delito en su acepción liberal; según su definición legal más difundida el delito era, en efecto, la infracción voluntaria de la ley penal por « acción u

(23) L. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, I, Madrid, Ricardo Fé, 1903², p. 133 y 165.

omisión » (24). Además, por mandato expreso del legislador, la voluntad había siempre de presumirse. Este factor volitivo explica numerosas circunstancias eximentes y atenuantes: la «locura o demencia», la minoría de edad, la fuerza mayor, el miedo insuperable, el estado de necesidad, la embriaguez, la obcecación, el arrebato, la provocación o la venganza, pues en todos estos casos se daba la presunción de que había intervenido un elemento externo que había incidido sobre la voluntad libre del autor, desviándola. Nos hallamos, pues, ante actos involuntarios, inconscientes, sin discernimiento suficiente entre el bien y el mal, desprovistos de libre elección por parte del transgresor de la ley penal y reveladores, por tanto, de una falta absoluta de responsabilidad criminal o de un grado de responsabilidad menor en la comisión del delito.

Pero este elemento de la voluntad figura también en las circunstancias agravantes: la alevosía, el ensañamiento, la premeditación, la utilización de medios nocivos, el aumento deliberado del mal causado, hasta el abuso de superioridad, se identifican todos con una voluntad cualificada, distinguida por su afán especial de infligir un daño o causar un mal añadido a la víctima.

En este sentido, las circunstancias eran consecuencia de la noción moderna e individualista de la voluntad, en vigor todavía a día de hoy. Su base antropológica era evidente: el modelo negativo era el sujeto autodeterminado y consciente, poseedor de un mundo interior autónomo respecto de la naturaleza, guiado por su compromiso con virtudes específicamente mundanas como la moderación y la prudencia, y movido en sus acciones por la consideración igualitaria de sus semejantes (25). Desde este punto de vista, las circunstancias constituirían los accidentes de esta voluntad, sus excepciones, plenas o relativas, debidas a deficiencias intelectuales o a las pasiones del corazón.

Los derechos y deberes amparados por la ley suministraban el fundamento de otra buena parte de las circunstancias. En el caso de

(24) El CP70 y sucesivos lo conjugarían en plural: «las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley».

(25) Se trataba de una concepción de la subjetividad que iba mucho más allá de las meras doctrinas filosóficas: C. TAYLOR, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna* (1989), Barcelona, Paidós, 1996, pp. 303-321.

las eximentes estaba claro: la legítima defensa, la obediencia debida al superior, el delito cometido en el legítimo ejercicio de un derecho. En las atenuantes, vengarse de una ofensa respondía también a la lógica de los derechos, concretamente a un residuo de su autotutela privada. Y hasta ciertas agravantes se asentaban en este fundamento: respecto a los derechos, por ejemplo, aquellas que tenían que ver con el daño a la propiedad, y respecto a los deberes, la circunstancia de valerse de la función pública o en la de ofensa a la autoridad.

Como resulta noto, la noción predominante de los derechos y deberes en el sistema estatal liberal era de carácter legalista y estatalista ⁽²⁶⁾. No existían derechos ni deberes naturales que pudiesen eximir de toda responsabilidad en la comisión de un delito; solo aquellos reconocidos por la ley podían justificar o cualificar la acción criminal. Los derechos, mencionados en las constituciones o arraigados en las costumbres sociales, eran los propios de la tradición ilustrada: la vida, la libertad, la propiedad privada y, en último lugar, pero no por eso menos importante, el honor. De este modo, una penetración excesiva en la esfera del individuo autónomo y propietario, descrita por este conjunto de derechos, activaba el mecanismo de las circunstancias, legitimando la reacción defensiva de la víctima o cualificando la acción invasiva del delincuente.

Los deberes respondían todavía a los propios de una sociedad dividida en la esfera doméstica y la esfera pública. Esta división es importante a nuestros efectos porque la noción de la familia como espacio extrajurídico, colocado bajo la autoridad privada y discrecional del padre, quien se encargaba de vigilar y tutelar su integridad, inspiraba el perímetro de actuación de algunas circunstancias; por ejemplo, los casos de la legítima defensa o la venganza, eximente la primera, atenuante la segunda, derivaban del ámbito familiar y en la representación doctrinal de las mismas era normalmente el padre quien debía defender o vengar el honor de la familia frente a las agresiones y las ofensas. Aunque la sociedad liberal fuese, en teoría, una sociedad de iguales, la defensa de los derechos ajenos era menos intensa cuando no mediaban vínculos de consanguinidad.

⁽²⁶⁾ Corresponde a Maurizio Fioravanti el mérito de haber roto el encantamiento individualista en la contemplación del sistema jurídico-político liberal: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), Madrid, Trotta, 2007⁵, pp. 98-111.

2.6. *Política criminal: defensa de la sociedad.*

No todas las circunstancias del modelo liberal derivaban de la lógica de la voluntad y de los derechos y deberes fundados en la ley. En los códigos liberales puede asimismo identificarse otro hilo conductor en la disciplina de las circunstancias: el objetivo político-criminal de la defensa social frente al sujeto peligroso. « La sociedad no tiene solo el derecho de castigar crímenes; [...] con él tiene la obligación de prevenir en lo posible las desgracias », se afirmaba ya con claridad a mediados del siglo XIX ⁽²⁷⁾. Esta dimensión preventiva explica, en efecto, las referencias subjetivas que se encontraban en algunas circunstancias y en las reglas para la aplicación de las penas, cuando en ellas se hacía referencia a « la disposición moral del delincuente » o a las « facultades del culpable » como factores a tener en cuenta por el juez (arts. 69 y 75, CP48 y CP50). Si bien su espacio preferente venía dado por las agravantes, también aparecía en el terreno de las atenuantes: resulta evidente en el caso del trastorno mental, pero también cuando la circunstancia del parentesco servía para disminuir la pena y, sobre todo, en la atenuante por arrepentimiento o la de la confesión voluntaria, excluida de los códigos de 1848, 1850 y 1870, pero reincorporada en el de 1932.

De todos modos, como se ha indicado, su expresión más clara se encontraba en sede de agravantes. Algunas obedecían a la finalidad de la prevención social frente al sujeto que, con sus acciones, rompía la razonable expectativa social de una conducta guiada por la buena fe y por la proporcionalidad: el delito cometido con nocturnidad, el abuso de confianza, la simulación, el fraude o la comisión del hecho criminoso en situación catastrófica son claros ejemplos de ello.

Las dos circunstancias agravantes de contenido subjetivo por excelencia eran, cómo no, la reiteración y la reincidencia. La primera de ellas se entendió en un comienzo que concurría cuando mediaba castigo anterior por haber cometido « delito al que la ley » señalara « igual o mayor pena » (art. 10.17^a, CP48 y CP50). Con posterioridad, en el código de 1870, aunque se añadía también el caso de la comisión de « dos o mas delitos » con pena inferior, se dejó toda la circunstancia a la « consideración [de] los Tribunales, según las

(27) PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, cit., p. 137.

circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito » (art. 10.17^a, CP70). En el caso de la reincidencia, si los primeros códigos liberales hablaban de la comisión anterior de un delito « de la misma especie », el de 1870, legalizando la jurisprudencia predominante, precisaría la definición aludiendo a la condena definitiva por otro delito « comprendido en el mismo título » del cuerpo legal (art. 10.18^a, CP70).

Por último, conviene advertir que cuando las circunstancias se teñían de subjetividad daban acceso a las pocas medidas de seguridad previstas por los códigos liberales, como ocurría con el encierro del enfermo mental o del menor de edad, previsto por la ley penal como retiro doméstico, bajo custodia paterna, o en otros casos, en establecimientos especiales instituidos al efecto. Según recordaba Joaquín Francisco Pacheco, se trataba de medidas que ya aplicaban los tribunales en uso de su arbitrio desde tiempos anteriores al código, con lo que se asistía a su consagración legal ⁽²⁸⁾. En sintonía con esta dinámica incipiente que conectaba la peligrosidad del delincuente con la imposición de medidas de seguridad, se introducían además excepcionales facultades de individualización judicial de la medida, pues la reclusión del « loco o demente » solo podía finalizar « previa autorización del mismo Tribunal » (art. 8.1^a, CP48 y CP50) y era éste el que podía decidir, en caso de infracciones leves, si entregarlo a su familia en lugar de enviarlo al hospital para enfermos mentales (art. 8.1^a, CP70).

En definitiva, todo el inventario de las circunstancias podía ser reconducido a estos principios de la voluntad, de los derechos y deberes establecidos por la ley estatal, y al objetivo de la defensa social frente al sujeto peligroso, ya presente en el sistema penal decimonónico.

3. *Modelo liberal: declinaciones, críticas, vaciamientos.*

El tipo ideal de circunstancias que acabamos de abocetar apenas se alteró durante más de un siglo. Experimentó, es cierto, una evolución interna, debida al desarrollo tecnológico y científico y a la

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 138.

transformación de las costumbres. El avance técnico hizo mencionar nuevos medios para cometer delitos cuya utilización revelaba una voluntad de delinquir con especial riesgo para bienes jurídicos protegidos. La circunstancia de la publicidad se convirtió, con los nuevos medios de difusión, en una de las más polémicas y relevantes. Las expansivas ciencias psicológicas, psiquiátricas y antropológicas, pero también la modificación de los hábitos y sensibilidades, perfeccionaría la circunstancia tradicionalmente llamada de « locura y demencia » y la de la minoría de edad. En el primer caso, en el código de la II República ya comenzó a hablarse de « enajenación » y de « trastorno mental transitorio » (art. 8.1^a, CP32). Y en lo que hace a la evolución de la minoridad, este mismo cuerpo legal elevó la exención de responsabilidad en todo caso a los dieciséis años, remitiéndose para los menores de esa edad que hubiesen infringido la ley penal a los « Tribunales Tutelares de Menores » (art. 8.2^a, CP32). Se recogía con ello toda la especialización que la materia había experimentado en el curso del primer tercio del siglo XX, con la constitución de una jurisdicción autónoma dedicada a la delincuencia juvenil, caracterizada por un mayor grado de discrecionalidad en la valoración del hecho y del sujeto, y en la individualización de la medida de seguridad correspondiente ⁽²⁹⁾.

Sin perjuicio de la importancia historiográfica de estas cuestiones, lo que interesa a nuestros efectos no es tanto esta evolución interna de la disciplina y contenidos de las circunstancias en el universo penal liberal cuanto sus diversas declinaciones entre los siglos XIX y XX. Para localizar dichas declinaciones tendremos que servirnos de los elementos constitutivos del modelo liberal de circunstancias, expuestos en el anterior epígrafe. La diversa proporción entre los mismos, su jerarquización interna o la postergación de alguno de ellos nos revelarán la existencia de lecturas y aplicaciones variadas del tipo examinado. En este sentido, creo que pueden distinguirse al menos tres versiones del modelo liberal de circuns-

⁽²⁹⁾ Para textos coetáneo de referencia: E. DE BENITO, *Delincuencia precoz*, Madrid, Eduardo Arias, 1908; E. CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, Madrid, Victoriano Suárez, 1917. Una presentación sintética actual en M. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Tribunales para niños. Creación y desarrollo*, « Historia de la educación », 18 (1999), pp. 111-125.

tancias del delito: una conservadora, otra progresista y una tercera democrática. Las expondremos por orden cronológico.

3.1. *Declinación conservadora.*

Característica de los años centrales del Ochocientos, pero también de los primeros años del franquismo, esta declinación contaba con varios rasgos genuinos. Era, contra lo que tradicionalmente se ha sostenido, muy flexible con el arbitrio del juez, dentro, claro, de la lógica codificadora. Como se ha sugerido, esta apertura a la discrecionalidad judicial no se explica solo por la persistente influencia de la legislación tradicional, sino también por el peculiar proceso de institucionalización del poder judicial en el Estado liberal español: un poder sin independencia, concebido como ramo de la administración pública, y sometido, por tanto, al poder ejecutivo ⁽³⁰⁾. No había, pues, motivos para creer que la discrecionalidad de los jueces, ya limitada por la ley en la fase de la selección y determinación de la pena, comportase un riesgo político-criminal de envergadura, pues el gobierno contaba además con mecanismos disciplinares para evitarlo, algunos de ellos insertos en la propia codificación penal y que vigilaban la condición moral, política o religiosa de la propia persona del magistrado ⁽³¹⁾.

El peso especial concedido al arbitrio judicial en esta acepción conservadora se apreciaba en algunas cuestiones puntuales referidas a las reglas de determinación de la pena. Ya se mencionó el caso de la «pena discrecional» impuesta al menor de quince, y mayor de dieciocho años, que hubiese obrado, según pronunciamiento expreso del tribunal, con discernimiento. En el caso de las eximentes incompletas también se dejaba al arbitrio de los jueces la elección del grado concreto de pena (art. 73, CP48). Y cuando la infracción acarrase como consecuencia una multa, se permitía a los tribunales «recorrer toda la extensión en que la ley les permite imponerla»,

⁽³⁰⁾ Vid. M. LORENTE SARIÑENA, *Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868*, y M^a J. SOLLA, *Justicia bajo Administración (1834-1868)*, ambos en M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*, cit., pp. 243-287 y 289-324, respectivamente.

⁽³¹⁾ M^a J. SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011, especialmente pp. 337 ss.

ponderando para su fijación, no solo las circunstancias tasadas en el código, « sino principalmente el caudal o facultades del culpable » (art. 75, CP48). A este respecto, la huella garantista y liberal en esta lectura conservadora se encontraba en la interdicción de « imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo » cualquiera que fuese « el número y entidad de las circunstancias agravantes » (art. 74.6^a, CP48 y CP50).

Si entre 1840 y 1860 los gobiernos contaban con los resortes necesarios para construir una judicatura políticamente afecta, de la que no se pronosticaba ningún uso heterodoxo de sus poderes interpretativos y de disposición del derecho, cuando la declinación conservadora, tras la guerra civil, tornó, los motivos de sospecha hacia el arbitrio judicial se volvieron prácticamente inexistentes. Había mediado una completa depuración del cuerpo de magistrados, que garantizaba su inquebrantable afección a los valores básicos de la dictadura ⁽³²⁾, y los criterios selectivos que comenzaron entonces a operar, con efectos laterales como la militarización de la carrera judicial, profundizaron en ese sometimiento del juez a los designios del gobierno ⁽³³⁾. Aunque en la imagen convencional de la dictadura franquista el régimen pase por legalista y protocolario, con semejante subordinación del aparato judicial continuaba siendo coherente en el código de 1944 conceder a los magistrados la facultad de identificar circunstancias no contempladas expresamente por la ley, por no hablar de las extensas facultades de arbitrio concedidas por las leyes especiales de las que trataremos al final del epígrafe.

Por otro lado, debe recordarse que la intervención del juez en la valoración de las circunstancias se concebía en esta acepción conservadora no solo como un instrumento para llegar a sentencias equitativas, atemperando la rigidez abstracta de la fórmula legal, sino también como un recurso político-criminal que garantizaba la punición del culpable, y no tanto un medio de apreciación destinado a impedir la condena del inocente. Si la interpretación convencional

⁽³²⁾ F. FERNÁNDEZ-CREHUET, *Jueces bajo el franquismo*, Granada, Comares, 2011.

⁽³³⁾ M. LANERO TÁBOAS, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 140-143 y 261-264.

ha insistido en que la codificación penal de los años '40 quiso fulminar el arbitrio judicial para acabar con su consueta indulgencia ⁽³⁴⁾, la regulación de las circunstancias y su interpretación doctrinal dejan ver, en contraste, que la capacidad integradora de los jueces resultaba central (a diferencia, por ejemplo, de lo que sucedía con el código francés de 1791) y el margen de discrecionalidad cedido a su interpretación obedecía a razones de eficacia punitiva.

En esta declinación, el delito entendido como acción voluntaria venía descodificado a través de la categoría teológica del libre albedrío. La teoría de la acción en el campo penal que le servía de base doctrinal no se había secularizado todavía ⁽³⁵⁾. Por eso las circunstancias atenuantes y las eximentes que tenían que ver con el principio de la voluntad eran objeto de interpretación restrictiva, pues la voluntad se presumía, mientras que las que tenían que ver con el ejercicio de un derecho o la observancia de un deber eran objeto de interpretación extensiva, figurando, entre los derechos que justificaban la acción criminal o modificaban la responsabilidad del agente, sobre todo, la propiedad y el honor, dos centros neurálgicos de la sociabilidad liberal-conservadora.

La acepción que repasamos también se distinguía por las instituciones especialmente protegidas. Ya hemos indicado que una de ellas era la familia. En numerosas circunstancias se aprecia el propósito central de proteger la unidad familiar frente a las agresiones y las ofensas. Su timbre propio, con todo, se revelaba con la protección cualificada de la iglesia a través de la agravante de profanación o sacrilegio, agravante interpretada, bajo el constitucionalismo doctrinario y el franquismo, ambos sistemas políticos confesionales, como delitos cometidos en los templos católicos.

Por último, debe apuntarse que muy pocos cambios se experimentaron en el elenco estricto de circunstancias entre los códigos de 1848 y 1850, ambos núcleo central de esta acepción conservadora; ahora bien, como apuntase en su momento José Antón Oneca, la minúscula alteración introducida en la definición de la alevosía implicó un considerable aumento de la represión: así, mientras que

⁽³⁴⁾ A. ONECA, *El Código penal de 1848*, cit., p. 490, en opinión que sentó doctrina.

⁽³⁵⁾ Trato el particular en *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad* (1874-1944), «Quaderni Fiorentini», 36 (2007), especialmente pp. 523 ss.

en el 48 se la describía como « cuando se obra a traición y sobre seguro », en el 50 pasó a convertirse en obrar « a traición o sobre seguro », introduciéndose como agravante « la traición sin seguridad y la seguridad sin traición » ⁽³⁶⁾.

Mayores fueron los cambios experimentados en la literalidad de la clasificación desde el código de 1870 a su reforma franquista de 1944. Su identificación correspondería, en rigor, a este punto, al ser expresión actualizada y endurecida de la declinación conservadora, pero los enumeraremos al final del epígrafe, dada la conveniencia de ordenar la exposición cronológicamente para advertir las modificaciones que el código de 1944 introdujo no solo respecto a la matriz de 1870, sino al antecedente republicano y democrático de 1932.

3.2. *Declinación progresista.*

Aunque esta versión realizó escasas modificaciones sobre la anterior, las incorporadas fueron de considerable relevancia. En primer lugar, introdujo una clara valencia humanista en la visión de la discrecionalidad del juez. Fue el código de 1870, de hecho, el que hizo del parentesco una circunstancia mixta (art. 10.1^a). La defensa de la integridad familiar frente a sus agresores internos cedía así el puesto a posibles consideraciones de humanidad que aconsejasen atenuar la responsabilidad del autor del delito doméstico. También se amplió el arbitrio de los jueces para las agravantes de reiteración y de comisión del crimen con nocturnidad « o en despoblado ». Si esta última circunstancia la podían tomar en consideración, o no, los tribunales « según la naturaleza y accidentes del delito » (art. 10.15^a), la de la reiteración podía ser tenida en cuenta o desechada « según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito » (art. 10.17^a). Propio de esta declinación liberal progresista era, pues, ampliar los márgenes de disposición judicial del derecho para suavizar los castigos cuando no mediase excesiva peligrosidad en el delincuente.

También por razones de liberalismo político, la publicidad se convirtió en una circunstancia mixta. Si en la reforma franquista del código de 1944, según veremos, fue considerada solo como agra-

⁽³⁶⁾ A. ONECA, *El Código penal de 1870*, cit., p. 232.

vante, bajo dominio conservador decimonónico tendió a considerarse una circunstancia constitutiva de crímenes autónomos contra el honor, el orden público, la religión o la monarquía ⁽³⁷⁾, delitos que fueron recogidos, entre otros decretos anteriores, en la ley de imprenta de 13 de julio de 1857 ⁽³⁸⁾. Además de la apología, esta ley especial consideraba infracciones cometidas en un supuesto ejercicio abusivo de la libertad de prensa, por ejemplo, el ataque o ridiculización de « la Religión Católica Apostólica Romana », la ofensa a « la sagrada persona del Rey », la propagación de « doctrinas contra la organización de la familia o contra el derecho de propiedad » o la ofensa « á la decencia y buenas costumbres » (arts. 23 ss.). Tales previsiones experimentaron una falsa moderación con la reforma de la ley de imprenta de 22 de julio de 1864, que despenalizaba parcialmente el ejercicio de la libertad de expresión cuando tocase materia religiosa o la institución monárquica, remitiendo para las extralimitaciones a la disciplina del código. Sin embargo, no se trataba más que de una despenalización retórica, pues continuaban considerándose delitos comunes o especiales de imprenta los que atentaban contra la religión, la monarquía o los principios morales de la burguesía conservadora, y de ellos continuaba entendiendo una jurisdicción especial puesta en planta al efecto.

Con el código de 1870, en sintonía con las previsiones de la Constitución de 1869, que reconocía ampliamente la libertad de expresión, se acabó con la regulación mediante legislación especial de los delitos de imprenta. En lugar de esta reglamentación extensiva, que colocaba el ejercicio de la libertad de prensa bajo intensa fiscalización gubernativa, se optó por un tipo general sobre « publicaciones clandestinas » y periódicos sin autorización gubernativa (art. 203, CP70), situado en el apartado sobre los delitos cometidos al ejercitarse los derechos individuales; por un capítulo sobre « faltas

⁽³⁷⁾ « Art. 7º. No estan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, *los de imprenta*, los de contrabando, los que se cometen en contravención á las leyes sanitarias, ni los demas que estuviesen penados por leyes especiales » (CP50).

⁽³⁸⁾ Llamada *De Nocedal*, y coronación de una serie anterior de intentos normativos igualmente represivos. Sobre esta norma y las sucesivas reformas, vid. J.I. MARCUELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal en España*, en R. Flaquer Montequí (ed.), *Derechos y Constitución*, monográfico de « Ayer. Revista de Historia contemporánea », 34 (1999), p. 75 ss.

de imprenta », donde se incluían, entre otras, la apología y la provocación a la desobediencia (art. 584); y por un tipo de provocación a cualquier delito, que distinguía, a efectos de pena, entre los casos en que el crimen se hubiese perpetrado, o no (arts. 582 y 583). A esta regulación codificada acompañaba la anunciada circunstancia mixta, consistente en realizar « el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio análogo que facilite la publicidad » (art. 10.5^a).

En términos restrictivos, podría afirmarse, por tanto, que esta llamativa modificación en el terreno de las circunstancias afectaba a la publicidad como medio de difusión de todo crimen, no al tratamiento general de los delitos y faltas de imprenta, ceñidos a los mencionados arts. 203 y 582-584. La reformulación progresista en este particular vino así dada por el rechazo a una legislación especial puntillosa y autoritaria, con fuero privativo, como instrumento para abordar este tipo de delitos ⁽³⁹⁾, no por su exclusión completa del círculo penal; antes al contrario, uno de los puntos más polémicos del código de 1870 fue precisamente el de las sanciones previstas para esta clase de infracciones ⁽⁴⁰⁾, y el de las reglas extensivas para imputar la autoría de las mismas, hasta el punto que sus críticos más conservadores, con cínico rechazo, le acusaron de insertar prácticamente en su articulado el contenido de la ley especial ⁽⁴¹⁾.

Téngase además presente, a los efectos de comprender la vigencia y desarrollo de esta declinación progresista, que el régimen de la Restauración, con su inicial suspensión de las libertades políticas y su inmediatamente posterior restricción legislativa, volvió bien

⁽³⁹⁾ Considerados, por tanto, comunes. Sobre este « criterio demoliberal »: v. MARCUELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal*, cit., pp. 83-84, a quien le pasa desapercibido el carácter mixto de la circunstancia, considerándola solo una agravante.

⁽⁴⁰⁾ Arresto mayor para los delitos, multas de 25 a 125 pesetas para las faltas, pena inferior en dos grados para la provocación sin comisión del delito y la inmediatamente inferior en grado si « á la provocación hubiese seguido la perpetracion » (art. 583).

⁽⁴¹⁾ Para el debate, las interpretaciones doctrinales y aceptable balance de conjunto, vid. T.S. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Universidad Complutense de Madrid - Instituto de Criminología, 1977, pp. 25-39. Hubo defensores convincentes de la reforma: F. de SANTA OLALLA, *Observaciones sobre los artículos 582 y 583 del Código Penal reformado*, « RGLJ », núm. 38 (1871), pp. 338-346.

pronto al sistema de las leyes especiales, vaciando a este respecto el código penal y suprimiendo la garantía del juicio por jurados establecida por la ley de enjuiciamiento criminal ⁽⁴²⁾. Lo abordaremos más adelante.

Otra novedad importante de la acepción progresista fue la inclusión como agravante de la vagancia ⁽⁴³⁾. Antes de la codificación penal liberal, esta materia venía disciplinada por ley especial de 9 de mayo de 1845 ⁽⁴⁴⁾. Conviene referirla por el tratamiento que en ella obtenía, considerada tanto una condición criminosa *per se*, que podía considerarse agravada en casos de mera sospecha, como una agravante vinculada a la comisión de cualquier infracción. De este modo, se reputaban vagos, según la ley citada, quienes no tenían « oficio, profesion, renta, sueldo, ocupacion o medio lícito con que vivir », o aquellos que teniendo alguno de tales medios económicos, « no trabaja[ban] habitualmente en ellos, y no se le cono[cían] otros medios lícitos de adquirir su subsistencia ». También se incluían a los mendigos o a quienes con rentas, pero insuficientes, frecuentaban « casas de juego ó tabernas, ó parages sospechosos » (art. 1º). En estos casos, la sanción prevista era el encierro de uno a tres años en lo que la normativa denominaba como « talleres de los establecimientos que el Gobierno tuviere designados al efecto » (art. 3º), en referencia a las prisiones y a los trabajos forzados que en ellas habrían de desempeñar. La vagancia podía además reputarse como agravada si el sujeto se consideraba como un potencial delincuente. Cuando sucedía esto, y el conceptuado en términos generales como

(42) C. SERVÁN, *Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869*, en Marta Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*, cit., p. 391.

(43) Un brevísimo repaso a la legislación sobre el particular, a la que aquí volveremos solo para valorar el cambio introducido por el código de 1870, en mi *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, en « Quaderni Fiorentini », 38 (2009), especialmente pp. 922-23. Vid. asimismo J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal, 1977, p. 31 ss.

(44) Consulto la ley en el *Diario de las sesiones del Senado de la legislatura de 1844 á 1845*, Madrid, Imp. Nacional, 1845, p. 361. A fines de 1845 ya habían sido procesados 293 ciudadanos por su aplicación, de los que 173 habían sido condenados, según informaba del « estado de las causas sustanciadas por vagancia » la *Gaceta de Madrid* (22-III-1846).

« vago » era considerado por indicios externos, o por hechos probados, peligroso para los derechos de propiedad ⁽⁴⁵⁾, o para cualesquiera otros ⁽⁴⁶⁾, debía entonces imponérsele pena de « prisión correccional » de dos a cuatro años. Por último, constituía una agravante propiamente dicha, como condición subjetiva asociada ya a la comisión efectiva de cualquier « delito comun », en cuyo caso la ley otorgaba al juez plena facultad para agravar la pena que le correspondiese según las disposiciones punitivas (art. 5º), en una muestra más del margen de discrecionalidad dejado a la administración de justicia por motivos político-criminales.

En el contexto de las revoluciones de 1848, concretamente a fines de marzo de ese año, se apremió al poder gubernativo de la provincia de Madrid a realizar un censo de vagos para su ulterior procesamiento, siguiendo lo establecido en la ley de 1845, pues se consideraba que para combatir a los « revoltosos » no hacían falta « nuevas leyes ni disposiciones excepcionales » ⁽⁴⁷⁾. No obstante, tanto para estos fines políticos como para los igualmente totalitarios de purificación de la sociedad burguesa, acabó sustituyéndose esta legislación especial sobre vagancia por su disciplina codificada. En realidad, los códigos de 1848 y 1850, en el título correspondiente de « la vagancia y la mendicidad » (arts. 258-266, CP50), volcaron prácticamente, refundiéndolas y simplificándolas, las previsiones de la ley especial. Ni siquiera se libró el agravamiento de la condena cuando mediaba « conocida sospecha » sobre las presuntas intenciones delictivas del vago. Castigadas estas infracciones con penas de arresto mayor y prisión correccional, la principal novedad vino dada

⁽⁴⁵⁾ Tal ocurría cuando « hubiese entrado en alguna casa, habitacion, almacen u oficina sin permiso del dueño ó de otra manera sospechosa », o « usando de engaños ó amenazas », o cuando estuviesen disfrazados o tuviesen « armas ó ganzúas ú otros instrumentos propios para ejecutar algun hurto, ó penetrar en las casas » (art. 2º, supuestos 1º a 3º).

⁽⁴⁶⁾ Por eso el cuarto supuesto del art. 2º consideraba agravada la condición de vagancia solo con que apareciese cualquier « fundada sospecha de delito ».

⁽⁴⁷⁾ Circular del Ministerio de la Gobernación inserta en la *Gaceta de Madrid* (31-III-1848).

por la medida de seguridad, agregada a las citadas penas, consistente en sujetar al vago y al mendigo a la vigilancia de la autoridad ⁽⁴⁸⁾.

Contando con estos precedentes, que llegaban a convertir la vagancia en puro « delito de sospecha » asociado a « un modo de ser de la persona » ⁽⁴⁹⁾, y que la convertían en un instrumento expeditivo para combatir la delincuencia política, debe someterse a cierta revisión el parecer que ha tachado su inclusión entre las circunstancias agravantes como « el mayor y más trágico dislate » del código de 1870 ⁽⁵⁰⁾. Pese a toda su apariencia reaccionaria, teniendo en cuenta el punto de partida, la aparición de esta agravante encerraba un gesto parcialmente progresivo. Efectivamente, con el cuerpo legal del Sexenio Democrático, y la conversión de la vagancia en una circunstancia, los elementos que definían al vago solo eran jurídicamente relevantes si resultaba declarado culpable de la comisión de un delito. Dejaba de ser una infracción *per se*, fundada solo en la condición subjetiva del individuo y en la mera sospecha indiciaria de que podía cometer delitos contra la propiedad. Hasta la definición prevista por la agravante (art. 10.23^a, CP70) restringía considerablemente el tipo vigente de vagancia (art. 258, CP50), el cual, desde su reforma de marzo de 1868, comprendía los casos en que se contaba con medios económicos, pero no se trabajaba « habitualmente, pudiendo hacerlo », o se frecuentaban « casas de juego ó lugares sospechosos ».

Por otro lado, la previsión de la vagancia, aunque respondiese al fundamento político-criminal de precaverse frente al sujeto estimado peligroso operativo de forma subalterna en todo el modelo liberal, contaba en este caso con un acento propio y en contraste respecto de su disciplina jurídica bajo la declinación conservadora. Era la propia concepción de la sociedad la que se encontraba en proceso de transformación, y ésta inspiraba nociones diversas de una misma

(48) El art. 258 que definía los casos de vagancia todavía conocería una significativa reforma. Se llevó a cabo por ley de 27 de marzo de 1868, ya en los estertores del régimen isabelino, que amplió el alcance del tipo, recuperando prácticamente en su literalidad el tenor de la vieja ley de 1845, y sometió los casos de vagancia al procedimiento sumario previsto para cuestiones de orden público: v. *Gaceta de Madrid* (28-III-1868).

(49) J. TERRADILLOS, *Peligrosidad social*, cit., p. 41.

(50) ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1870*, cit., p. 244, quien se pronunciaba de tal modo señalando justamente el riesgo efectivo que suponía esa consideración como agravante al poder « causar la imposición de pena de muerte ».

figura jurídica. Así, de integrarse la vagancia en una concepción de la sociedad como asociación política de varones propietarios, constituyendo ante todo una amenaza para el orden público y moral burgués, su noción a la altura de los años '70 respondía ya a un tipo de sociedad entendida como colectividad fundada en el trabajo, frente a la cual la vagancia se erguía como una molesta impugnación, que debía sancionarse si acompañaba a conductas delictuosas.

El nuevo sistema constitucional modificó también la interpretación de las circunstancias. Aunque algunas conservaban prácticamente su tenor literal, el cambio de régimen político había hecho mutar su sentido. Eso aconteció, por ejemplo, con la agravante de la comisión del delito en lugar sagrado o de profanación, cuyos contenidos debían cambiar a la luz de la libertad de cultos declarada en la Constitución. Además, no era casual que junto a los templos religiosos se hiciese referencia también a edificios políticos como el parlamento, el senado o el palacio real (art. 10.19^a, CP70). La sociedad política no podía reducirse ya a una comunidad de creyentes, en la que los espacios públicos especialmente protegidos fuesen solo los destinados al culto católico; había de ser, ante todo, una comunidad de ciudadanos bajo autoridades políticas comunes, las cuales debían quedar protegidas penalmente tanto en su dimensión personal como, y es aquí donde entra la ampliación de la circunstancia, en su aspecto simbólico y público materializado en los edificios que las alojaban.

Las reglas para la aplicación de las penas en función de las circunstancias quedaron prácticamente inalteradas en la declinación progresista de 1870, aunque la sucinta novedad introducida volvía a revelar el relativo humanitarismo que la distinguía. Mientras los códigos de 1848 y 1850, para los delitos castigados con dos penas indivisibles, ordenaban al tribunal la imposición de la mayor de ellas a no ser que mediase atenuante (art. 70), el de 1870 ordenaba aplicar la pena menor también en los casos en que no concurriese ni agravante ni atenuante alguna (art. 81.2^a).

3.3. *Crisis del modelo liberal y crítica positivista: dos momentos.*

La vigencia de esta acepción progresista fue, en el terreno de la cultura penal, bien efímero. Apenas una década después de arrancar con el código de 1870, comenzó su declive y vaciamiento, tanto en

el orden cultural que le prestaba sustento como en el plano normativo. Atenderemos ahora al aspecto doctrinal del problema.

La crítica positivista al sistema punitivo liberal fue una crítica total, que aspiraba a su sustitución plena y que contaba, en su dimensión propositiva, con tal coherencia y sistematicidad que la hacían totalmente incompatible con cualquiera de las facetas del modelo liberal, también en lo que concernía a la disciplina de las circunstancias. Se confrontaba justo con la concepción del delito como acción voluntaria. La idea misma de la responsabilidad del agente, uno de los principios para organizar y dotar de contenido a las circunstancias, era puesta en discusión. Para los críticos no existía aquella voluntad libre, indeterminada, que proporcionaba el punto de referencia para valorar sus posibles desviaciones: solo cabía una voluntad condicionada por factores naturales, sociales y psicológicos. Las circunstancias del código resultaban impugnadas porque en el delito, en realidad, todo resultaba circunstancial. Por eso su clasificación codificada, general y abstracta, era lógicamente imposible. Desde la perspectiva positivista, para ponderar correctamente las circunstancias se precisaba realizar un estudio particularizado, donde las ciencias sociales, naturales y psicológicas debían contribuir a la identificación de las determinaciones concretas caso por caso. Por eso se proponía que los jueces penales renunciasen « á habérselas con *un* delito, concebido abstractamente como producto exclusivo de la voluntad del sujeto, y por tanto igual para *todos* los individuos »; en lugar de esto, tenían que procurar « entendérselas con *el* delito específico que tienen delante, *distinto* de todos los demás delitos, y con *el delincuente* que lo ha cometido » ⁽⁵¹⁾.

La recomendación procedía de Pedro Dorado Montero ⁽⁵²⁾, cabeza y casi autor único de la escuela correccionalista española, a la que se contrajo en buena medida la corriente positivista en este país. Desde sus postulados, el delito se encontraba caracterizado, en primer término, por una suerte de eximente general: primero,

⁽⁵¹⁾ P. DORADO MONTERO, *Problemas de derecho penal*, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1895, p. 189.

⁽⁵²⁾ Sobre este importante jurista, puede verse a modo de presentación la voz de C. PETIT, *Pedro García Dorado y Montero (1861-1919)*, en *Diccionario de catedráticos españoles de derecho*, disponible on-line.

porque el desvalor asociado a una conducta delictiva era siempre relativo, una construcción social contingente, dependiente de la correlación de fuerzas morales característica de cada sociedad y de cada momento histórico, y no un atributo ontológico, inscrito en un orden moral objetivo y eterno ⁽⁵³⁾; y segundo, porque el delito no era nunca fruto de una voluntad libre de toda mediación, dato que impedía la imputación limpia del delincuente, nunca plenamente responsable de sus propios actos. El delincuente no era, por tanto, merecedor de una condena, ni la sociedad resultaba más segura por la lógica de la retribución. Era necesario, por contra, ofrecerle el tratamiento justo para obtener su reeducación y su consiguiente readaptación a la sociedad. Y el verdadero reto a conquistar era suministrar dicho tratamiento antes de que el delito se hubiese consumado, actuando de forma preventiva, pues la misión auténtica de « la justicia criminal » consistía en garantizar la « tranquilidad para el porvenir » conjurando los peligros, no en la imposible restauración de un orden ya quebrantado irremisiblemente por el crimen ⁽⁵⁴⁾. De hecho, si algo demostraban las circunstancias del delito tal y como estaban previstas en el código, muy especialmente las llamadas eximentes, era que lo propio y genuino de la función penal no estribaba tanto en la retribución del mal sino en la precaución ante el peligro.

He aquí, pues, la revolución pendiente de consumir: dejar de considerar la pena como un mal; comenzar a entenderla como un bien al que el potencial delincuente tenía derecho a fin de poder reintegrarse en sociedad y desarrollar, con ello, plenamente su personalidad. Su fin no podía continuar siendo el castigo de los cuerpos, sino la « cura de las almas » ⁽⁵⁵⁾. Y para eso resultaba imprescindible la comprensión exacta de la multiplicidad de las circunstancias, sociales y ambientales, aunque también subjetivas, que le habían empujado a cometer el delito, o, mejor, que le iban a empujar a delinquir, tarea que solo podría llevar a cabo un colegio de expertos, más que en el derecho positivo codificado, en las

⁽⁵³⁾ P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, I, Madrid, Victoriano Suárez, 1915, p. 16 y 531.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 131.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 181.

disciplinas de la psicología, la antropología y las ciencias naturales ⁽⁵⁶⁾.

Aspiración central de este tipo de crítica, como se ha dicho, era la sustitución plena del sistema penal liberal retributivo por otro sistema terapéutico preventivo, caracterizado, entre otros elementos, por estos dos: lo que Dorado denominaba una pena «verdaderamente teleológica» ⁽⁵⁷⁾ y el «arbitrio discrecional». Como un enfermo que necesitaba de un tratamiento médico específico, cada delincuente requería de una terapia penal concreta. El binomio liberal entre circunstancias taxativas y penas graduables establecidas por la ley saltaba de este modo por los aires. Las circunstancias, infinitas, no cabían en un código; por tanto, no podían tampoco establecerse de antemano sus respectivas consecuencias penales. Por eso, tanto un extremo como otro, tanto la identificación y ponderación de las circunstancias como la determinación específica de sus consecuencias penales, recaían sobre la discrecionalidad de ese juez parapetado por las modernas ciencias positivas. De ahí que a la concepción teleológica de la pena se le asociase, como condición necesaria suya, su «individualización» a través de figuras como la sentencia o la propia pena indeterminadas ⁽⁵⁸⁾.

En efecto, conferir relevancia penal a todas las circunstancias, objetivas y subjetivas, que rodeaban el delito, entender, pues, el delito siempre en términos particularistas, demostraba la inutilidad de la *forma-código* a efectos penales y atribuía toda la relevancia en la determinación de la pena al magistrado, encargado de valorar todas las circunstancias del hecho y del agente y facultado a la hora de tomar decisiones para invocar otras fuentes normativas como la costumbre, la jurisprudencia o la equidad ⁽⁵⁹⁾. Ahora bien, contra lo

⁽⁵⁶⁾ Sobre estos jueces de lo penal como médicos higienistas e indulgentes provistos de una gran cultura científica, vid. P. DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo derecho penal*, Barcelona, Soler, s. f., p. 79 y 81.

⁽⁵⁷⁾ P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, II, Madrid, Victoriano Suárez, 1915, p. 24.

⁽⁵⁸⁾ Sobre los itinerarios discursivos que llevan a estas convicciones en la criminalística europea, v. M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 109 ss.

⁽⁵⁹⁾ DORADO MONTERO, *Problemas de derecho penal*, cit., «II. Otras fuentes del derecho penal además de la ley».

que pudiera parecer, no nos encontramos frente a una discrecionalidad ilimitada, sinónima de la arbitrariedad; la competencia atribuida al juez para crear circunstancias, valorarlas y deducir las consecuencias pertinentes en la fase de la determinación de la pena era solo discrecional respecto del derecho positivo codificado, no absoluta; por el contrario, se planteaba como una discrecionalidad fuertemente disciplinada por las ciencias naturales y antropológicas, cuyas reglas, según el enfoque positivista, podían ser tanto o más objetivas y ciertas que las legales.

Pese a su relevancia y difusión doctrinal, el positivismo no lograría en España llevar sus propuestas por entero a la legislación. Su influjo se apreció, desde luego, en la enseñanza y la cultura del derecho, y también en algunas leyes especiales. La solidez de sus fundamentos, y el auge institucional del krausismo, donde se inscribían las teorías penales positivas, hizo que su presencia resultase incuestionable en términos científicos. Por esa razón, a comienzos del siglo XX, casi toda la penalística, obligada a tomar en cuenta el desafío correccionalista, se había tornado mixta ⁽⁶⁰⁾: conservaba los axiomas del derecho penal clásico, como la autodeterminación del delincuente o el principio de legalidad, pero, junto a ellos, por razones de defensa social frente al individuo peligroso, abría las compuertas a las sugerencias positivistas, que prestaban base a un derecho penal preventivo, con circunstancias subjetivas reveladoras de la peligrosidad, discrecionalidad judicial y medidas de seguridad ⁽⁶¹⁾. Este desdoblamiento podía experimentar, a su vez, una escisión ulterior, pues había quien continuaba concibiendo el lado precautorio en los términos progresistas y humanistas, aunque igualmente controladores e invasivos ⁽⁶²⁾, propios del correccionalismo

⁽⁶⁰⁾ Destaca este desdoblamiento del derecho penal a escala europea, PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit., pp. 186-187.

⁽⁶¹⁾ El propio Dorado pudo asistir a esta bifurcación propia del eclecticismo, que él despreciaba como aporética y cínica porque sostenía que con las medidas administrativas de seguridad, en la práctica igual de perniciosas para los delincuentes que las propias penas, podían quedar mejor preservados sus derechos: *El derecho protector de los criminales*, II, cit., p. 40.

⁽⁶²⁾ Pues bien cierto es que las retóricas terapéuticas sobre la curación del individuo peligroso eran estructuralmente ambiguas, y suponían, expresa o tácitamente, «estrategias de control y defensa de la sociedad»: PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit., p. 197.

de Dorado, mientras otros solo subrayaban la eficacia político-criminal del combate de la peligrosidad, haciendo del ideal de la defensa social una práctica acentuadamente autoritaria.

Expresión jurídico-positiva de esta condición mixta de la doctrina penal fue la reivindicación de dos códigos: uno, represivo, el otro, estrictamente preventivo; uno, basado en el principio de estricta legalidad, el otro, fundado en la idea del « *estado peligroso* que el delincuente representa para la sociedad » ⁽⁶³⁾; uno, estableciendo penas legalmente clasificadas y limitadas, el otro, disponiendo medidas de seguridad indeterminadas. En este segundo código, las circunstancias, más que del delito, serían del delincuente, como indicios de su peligrosidad; serían flexibles, siempre abiertas, a la espera de ser integradas por una magistratura « experta », auxiliada en todo caso para estos menesteres por un equipo de técnicos, médicos, antropólogos y burócratas. Se trataría, además, de una magistratura llamada no solo a valorar los hechos y a su autor, sino también a determinar el tratamiento y su duración específica. Propio de este segundo derecho penal preventivo sería, pues, la elección discrecional de las medidas de seguridad por parte del juez en atención a las circunstancias particulares concurrentes, que él mismo podría crear en cada caso. El magistrado podría asimismo decidir en todo momento sobre la duración de la medida aplicada, a tenor de las conclusiones alcanzadas en la correspondiente vigilancia de su desarrollo. La valoración de las circunstancias, ante todo subjetivas, por parte del juez, se convertiría así, en este caso, en una función continua, presente en todo el proceso, hasta durante la ejecución de la pena. Y el mejor instituto para canalizar esta nueva dinámica procesal y penitenciaria no sería otro que el de la « *sentencia indeterminada* », provisional y carente incluso de límites máximos y mínimos ⁽⁶⁴⁾.

Llegaba a defenderse, en realidad, la generalización de los planteamientos del estado peligroso ⁽⁶⁵⁾ y de tal mecanismo inde-

⁽⁶³⁾ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. Madrid, Juan Pueyo, 1922, p. 31.

⁽⁶⁴⁾ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, Madrid, Reus, 1913.

⁽⁶⁵⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso*, cit., p. 138.

terminista, su aplicación « tanto a las medidas de seguridad como a las penas propiamente dichas », exceptuando la delincuencia política, no necesitada de corrección. Se era consciente, desde luego, de los riesgos que comportaba para « las garantías del derecho de libertad individual », pero se creía que podrían prevenirse con una elección correcta de las autoridades competentes para la determinación ⁽⁶⁶⁾.

Otra de las propuestas características de esta penalística mixta, en su corriente más garantista, no ceñidas en rigor al derecho penal preventivo, sino extensibles también al derecho penal represivo, era el instituto del « perdón judicial ». Según lo definía un jovencísimo José Antón Oneca en su tesis doctoral, consistía en « la facultad concedida a los jueces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo, remitan la pena aplicable según la ley, en vista de las circunstancias especialísimas concurrentes en el reo, apreciadas conforme a su prudente arbitrio » ⁽⁶⁷⁾. Se trataba, pues, de una prerrogativa fundada por entero en la relevancia de la dimensión circunstancial del delito, en su aspecto tanto objetivo como, sobre todo, subjetivo, y comprendiendo no solo el momento de su comisión, sino también el trance de su enjuiciamiento. Su propósito era colmar un vacío que las causas de justificación y las de exención, e incluso las circunstancias atenuantes, dejaban de cubrir, por no contemplar el carácter contraproducente de una pena en los casos en que ésta dejaba de contar con toda función positiva debido a la rehabilitación espontánea del delincuente, a los efectos irrisorios del delito o a su debida reparación extrajudicial.

La lógica continuaba siendo la de la peligrosidad, pero el perdón judicial se centraba en los casos en los que ésta no existía en absoluto. Se seguía respondiendo a la conveniencia de contrapesar con el prudente arbitrio de los jueces las injusticias provocadas por la inflexibilidad de la ley penal, pero también por los caprichos del ejecutivo en el ejercicio de su facultad de indultar. Mucho más

⁽⁶⁶⁾ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Generalización del principio de la sentencia indeterminada*, en « Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal », XII, núm. 70 (1925), pp. 13-14 y 16.

⁽⁶⁷⁾ J. ANTÓN ONECA, *El perdón judicial*, en « Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales », V (1922), p. 7..

preparados para valorar la conveniencia de perdonar a un reo estaban los jueces ordinarios, y de forma mucho más independiente podían ejercer esta facultad, que el propio consejo de ministros; tal era la convicción. La preocupación, cada vez más represiva, por la defensa de la sociedad, dejaba aquí el paso a la preferencia por la defensa de los derechos individuales.

Se trataba de una sensibilidad político-criminal que pronto quedaría en minoría. Los autores progresistas de esta corriente ecléctica tuvieron, en efecto, ocasión de ver plasmados en la ley penal algunas de sus reclamaciones, pero fue en el código defensorista de la dictadura de Primo de Rivera que abordaremos de modo sumario al final de estas páginas; es decir, fueron incorporadas parcialmente a la legislación punitiva, pero con una evidente valencia retribucionista, con desprecio por sus raíces correccionistas. El legislador penal decretó así con el propio código la victoria de la interpretación ecléctica más autoritaria. La comprobación empírica de que muchas propuestas del positivismo podían resultar adoptadas por sistemas dictatoriales, pervirtiendo con ello sus propósitos progresivos originarios, llevó de hecho a sus defensores democráticos, como Luis Jiménez de Asúa, a abandonar transitoriamente el correccionismo y sus proyectos, al menos hasta que la democracia no se hubiese asentado lo suficiente como para poder garantizar los buenos efectos de la experimentación penal positivista. Entretanto esto no ocurriese, la labor debida del penalista democrático debía ser la denominada en España como « teoría jurídica del delito »⁽⁶⁸⁾, trasunto de la dogmática penal de procedencia alemana, y concebida como refrendo cultural constructivo de las garantías penales. Como después se verá, con la proclamación de la II República, y la confianza depositada en su afianzamiento, los planes de desdoblamiento de la materia penal en dos órdenes regresaron, e incluso se realizó algún ensayo de ley sobre el estado peligroso, condenado a su perversión institucional inmediata debido tanto a la falta de consolidación de la democracia como a las inercias autoritarias firmemente asentadas en los cuerpos judiciales y policiales encargados de su aplicación.

⁽⁶⁸⁾ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932. Universidad de Madrid*, Imp. Colonial Estrada Hnos., 1931.

3.4. *Vaciamientos.*

Antes de pasar a exponer estos extremos, propios de la que hemos denominado como declinación democrática del modelo liberal de circunstancias, debemos referirnos a otra especificidad del desarrollo de la declinación progresista. Si en el plano de la cultura jurídica, como hemos visto, sufrió la acometida de la crítica positivista, en el terreno de la legislación experimentó un vaciado considerable a través del nuevo régimen constitucional y de las leyes especiales que se aprobaron durante la Restauración.

¿Qué ocurrió, por ejemplo, con la vagancia? Para el código de 1870, recordemos, se trataba de un factor relevante como circunstancia subjetiva de un delito, y no como una infracción autónoma. Sin embargo, continuó castigándose igualmente, pero a través de dispositivos administrativos y de policía, sin que mediase tutela judicial. Para eso sirvió el llamado «arresto sustitutorio» de quince días impuesto a quienes no abonaban las multas por realizar «actos contrarios á la moral ó á la decencia pública» (art. 22, ley provincial de 29-VIII-1882). Era un castigo administrado por las autoridades gubernativas provinciales, cuyo destinatario habitual era el definido por el tipo de la vagancia, con lo que la despenalización operada en 1870, y su conversión en agravante, quedó neutralizada a través de esta práctica punitiva extrajudicial. Y no se piense que se trataba de un mecanismo excepcional e infrecuente, pues abundaron los casos en que los así castigados, vulgarmente llamados «quinceneros», encadenaron incluso varios años de arrestos en calabozos municipales⁽⁶⁹⁾. Era, como puede observarse, la enésima evidencia del doble nivel punitivo, uno fundado en la legalidad y la tutela judicial y otro caracterizado por la discrecionalidad, la excepción y la aplicación gubernativa, en que se desdoblaba el sistema penal liberal, según la acertada y conocida indicación de Mario Sbriccoli.

Hubo aun otros vaciamientos a este respecto, que teniendo fines protectores de la infancia y la juventud, contaban asimismo con notorios efectos represivos para los sectores marginales. La ley sobre la mendicidad y vagancia de los menores (23-VIII-1903) volvió en

(69) Documento tanto el contexto como algunos casos representativos en *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., p. 923 ss.

parte a criminalizar el vagabundaje y la mendicación antes despenalizados ⁽⁷⁰⁾. Introducía previsiones ciertamente tutelares de los menores de dieciséis años, pues castigaba con penas de multa y arresto a quienes los maltratasen o entregasen a terceros para mendigar. Pero contemplaba asimismo sanciones pecuniarias, o el arresto subsidiario, para los padres, tutores o guardadores de los menores mendigos o vagabundos y para las personas que se acompañasen de ellos « con objeto de implorar la caridad pública » (art. 1.2^a). La ley ordenaba asimismo la detención por parte de las autoridades de los mendigos y vagos menores, incluso facultaba a cualquier particular para proceder a dicha detención, y obligaba a su encierro en establecimientos de beneficencia cuando sus padres, tutores o guardadores viesan suspendidos sus títulos de guarda y custodia por reincidencia. Por consiguiente, semejante ley, aunque pudiese contar con cierta inspiración filantrópica y tutelar ⁽⁷¹⁾, abordaba el asunto de la mendicidad desde un plano fundamentalmente punitivo, ya fuese mediante la represión penal de responsables subsidiarios, o bien a través de la medida preventiva del encierro en centros de beneficencia, que revelaban la visión del niño o joven mendigo como « futuro delincuente » ⁽⁷²⁾.

¿Y qué ocurrió, por su parte, con otro de los elementos distintivos de la declinación progresista, la conversión de la publicidad en una circunstancia mixta y el abandono de la regulación de los delitos de imprenta por medio de leyes especiales autoritarias? Como se ha adelantado, muy pronto se volvió a este sistema de legislación especial con fuero jurisdiccional privativo. La ley de 7 de enero de 1879 señaló de nuevo como delictivos los ataques a los dogmas religiosos, las ofensas a la persona del rey, la difusión de doctrinas republicanas, la ridiculización de las instituciones representativas o la desfiguración de los discursos de senadores y diputados (art. 16).

⁽⁷⁰⁾ Para una descripción sumaria de la norma citada: vid. M.J. ESPUNY TOMÁS, *Mendicidad infantil: ley sobre la mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903*, « IusLabor », 4 (2005), s. p.

⁽⁷¹⁾ Llama ante todo la atención sobre este aspecto protector de la infancia Marta Santos Sacristán en su completo examen del asunto: *Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903*, « Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos) », 16 (2012), pp. 227-260.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 258.

El único atisbo de apertura venía dado precisamente por una ampliación del círculo represivo, al castigarse también el «hacer befa ó escarnio de cualquier otra [religión] que tenga prosélitos en España» (art. 16.Segundo), en sintonía con el régimen de confesionalidad católica, pero de tolerancia, que había instaurado la Constitución de 1876. Regresó la jurisdicción especial para conocer este tipo de delitos de opinión, a los que se añadieron unas «infracciones de policía» en las que se incurría cuando no se observaban las restricciones gubernativas para imprimir una publicación autorizada.

Cierto es que esta ley fue derogada relativamente pronto y sustituida por otra mucho más flexible y liberal, la llamada por el ministro *Ley Gullón*, de 26 de julio de 1883 ⁽⁷³⁾, que se limitaba a establecer los requisitos para publicar impresos y periódicos en el país, suprimiendo los tribunales de imprenta. Los delitos cometidos en el ejercicio de la libertad de prensa pasaron a ser, de nuevo, exclusivamente los previstos en el código. El incumplimiento de los requisitos establecidos para la publicación tendría carácter de infracción administrativa, castigada con las sanciones señaladas en el cuerpo codificado para las faltas de imprenta. En apariencia, pues, se pasaba a la opción progresista anterior, pero la aprobación de la ley no supuso su eficacia inmediata, existiendo poderes gubernativos ligados al partido conservador que continuaban aplicando la de 1879, y el auge del anarquismo y del separatismo haría regresar en pocos años los delitos de opinión y convertiría la publicidad, en algunos casos, en una circunstancia tan solo agravante de la responsabilidad criminal.

La ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados con explosivos, por ejemplo, castigaba con idéntica pena la comisión del atentado que su presunta provocación «de palabra, por escrito, por la imprenta, el grabado u otro medio de publicación». Y si a la supuesta provocación no seguía la perpetración del delito, la pena impuesta era la inferior en un solo grado (art. 6º). También endurecía el régimen del código para la apología de esta clase de delitos, al asignarles la pena de prisión correccional (art. 7º). Importa

(73) MARCUELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal*, cit., p. 86 ss.

apreciar cómo el régimen codificado se vaciaba en estos casos, siendo sustituido por otro de excepción con penas más severas. Sin embargo, pese a la relevancia que estas disposiciones punitivas pudieran tener para la publicidad, afectaban ante todo a los delitos de provocación y apología del derecho común, pero no tanto a su condición de circunstancia mixta.

Sería una ley posterior, de 5 de septiembre de 1896, sobre el mismo particular, la que suspendería, para la materia en cuestión, la economía codificada de las circunstancias, disponiendo en su lugar un sistema donde imperaría la discrecionalidad judicial bajo fiscalización gubernativa, signo inequívoco, como ya hemos indicado, de la declinación conservadora. Esta nueva ley dejaba subsistente la norma anterior de 1894 en todo aquello que no la contradijese, pero creaba un nuevo tipo, suerte de subespecie de la apología del terrorismo, consistente en la propagación de « ideas anarquistas » « de palabra ó por escrito, por la imprenta, grabado ú otro medio de publicidad » (art. 4º), que conminaba con la pena de extrañamiento. Era su art. 3º el que concedía la facultad a los tribunales, tanto militares como ordinarios, que conociesen de los delitos acuñados en la ley, para proponer al gobierno « la rebaja ó conmutación de la pena, si entendieren que esta es notablemente excesiva, atendidas las circunstancias del hecho y del delincuente ». Se trataba, pues, de un régimen independiente de circunstancias para este tipo de delitos políticos, donde no cabían agravantes, pues la pena más usual era la de muerte. Y en el que la apreciación judicial de las atenuantes, aunque pudiera venir inspirada indirectamente por la clasificación del código, era plenamente discrecional, como ilimitadas eran sus posibles consecuencias penales, que recorrían desde una rebaja menor hasta su conmutación, si bien se requería en cualquier caso la ratificación final por parte del gobierno de la propuesta judicial, escenificándose así la sumisión de los jueces, pero también de los militares, al ejecutivo.

La declinación progresista del modelo liberal de circunstancias experimentaba con este tipo de leyes especiales un doble vaciamiento. Si la publicidad había querido convertirse en circunstancia mixta, y todo lo relativo a los delitos de opinión en cuestión de derecho común, con las leyes antianarquistas se diseñaban regímenes de excepción para los delitos de imprenta y el ejercicio de la

libertad de expresión dejaba de ser un argumento para atenuar la responsabilidad criminal ⁽⁷⁴⁾. Por otro lado, con la ley de 1896, el sistema de circunstancias tasado, aun con la cláusula de analogía final, vinculado a unas reglas de aplicación de penas explicitadas en el código y dejado en lo demás al arbitrio judicial, era remplazado, para los delitos amonedaados en ella, por un sistema completamente abierto de circunstancias atenuantes, donde la plena discrecionalidad para su apreciación de los tribunales, que podían ser militares, quedaba de cualquier modo pendiente de ratificación gubernativa.

Por este carril del vaciamiento discurrió una ley posterior, llamada « de Jurisdicciones », de 23 de marzo de 1906 (*Gaceta de Madrid*, 24-IV). Acuñó nuevos tipos penales, endureció los ya existentes en el código, convirtió la publicidad solo en agravante y creó nuevas reglas para la graduación de penas en atención a las circunstancias del delito, todo ello en referencia a los cometidos por medios de difusión pública. Así, creó el tipo de ultrajes a la nación, « su bandera, himno nacional ú oro emblema », adjudicándole la pena de prisión correccional (art. 1º). La apología de los delitos en ella tipificados contra la integridad nacional y las fuerzas armadas se conminaba con pena de arresto mayor (art. 4º). El caso concreto de las injurias y ofensas « al Ejército o a la Armada o a instituciones, armas, clases o Cuerpos determinados del mismo », cuando se realizaba por cualquier medio de publicidad, quedaba automáticamente castigado con una pena mayor a la que podía derivarse del régimen codificado, la de prisión correccional (art. 3º). Y este mismo precepto establecía una nueva regla de aplicación de penas — que iba del arresto mayor en sus grados medio y máximo a la prisión correccional en su grado mínimo — para la instigación directa a la « insubordinación en los institutos armados ». Si el código servía de referencia, era para la extensa cadena de responsabilidades subsidiarias que preveía para los delitos de imprenta (art. 11).

Podrían añadirse más ejemplos de vaciamiento o regresión, como la agravante de comisión en lugar sagrado, que no podía sino

(74) De hecho, lo que sucedió a semejante legislación empeoró todavía más el ejercicio de la libertad de prensa y expresión en todo lo que tuviese que ver con la defensa de los principios políticos del anarquismo, según he tratado de mostrar en *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., p. 898.

volver a significar, bajo la Constitución confesional de 1876, una sobreprotección penal de los templos católicos. Baste, sin embargo, lo expuesto para apreciar dos dinámicas: la de la neutralización de los factores principales de la declinación progresista bajo la Restauración y la del regreso a algunas dimensiones de la declinación conservadora, entre las cuales debe destacarse el papel de las leyes penales especiales para delitos de connotación política y con dimensión pública, pues muchas veces contaban con su propia y paralela organización de las circunstancias.

3.5. *Declinación democrática.*

En la II República, precisamente como reacción a este vaciamiento y también a la codificación penal de la dictadura de Primo de Rivera, el modelo liberal de las circunstancias pasó a ser interpretado en modo democrático. Su concreción legislativa fue el código de 1932. Según el autor de la reforma, el ya citado Luis Jiménez de Asúa, la idea clave del nuevo cuerpo legal era la de dar al código de 1870 una mayor «humanización y elasticidad» (75).

Entre estos dos propósitos es donde debe colocarse un replanteamiento coherente del arbitrio judicial. El nuevo código no solo no suprimió, sino que hizo más laxa la cláusula final de la analogía, suprimiendo el requisito de la «entidad equivalente» (art. 9.9ª). Ahora bien, tal ampliación de la facultades de apreciación discrecional del juez se introdujo solo en el caso de las atenuantes; del listado de las agravantes, por el contrario, fue suprimida completamente la cláusula de la analogía, vetando en este caso la creación judicial de circunstancias. El arbitrio había dejado de pensarse como instrumento político-criminal para asegurar la punición del culpable y la neutralización del peligroso; bajo la acepción republicana se concebía más bien como garantía de los derechos del procesado

(75) Véase la *Exposición de motivos* del código penal de 1932, que consulto en la utilísima recopilación de J.L. BARJA DE QUIROGA, L. RODRÍGUEZ RAMOS y L. RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ (eds.), *Códigos penales españoles. 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944. Recopilación y concordancias*, Madrid, Akal, 1987, pp. 977-1006. Existe tesis doctoral sobre este cuerpo normativo que, hasta donde alcanzo a conocer, permanece inédita: F.J. GENOVÉS BALLESTER, *El Código penal de 1932*, Universitat de València, 2006.

frente a los posibles rigores de la ley. Y compatible, desde luego, con este garantismo era otorgar al juez cierto margen de actuación cuando éste podía traducirse en una justificada mitigación de la pena en atención a las circunstancias del delito o del delincuente. Estamos, en efecto, ante el rastro normativo de aquellas posiciones que defendían la competencia directa del juez para perdonar al reo.

En idéntico sentido de flexibilizar la aplicación del código por motivos humanistas se orientaba otra de las modificaciones más relevantes en el régimen de circunstancias. Se trataba también de ampliar el margen de apreciación de los magistrados, pero esta vez en sede de agravantes, siguiendo la línea ya abierta por el código de 1870. Si se suprimía para estas circunstancias la cláusula de analogía, se otorgaba en su lugar una facultad jurisdiccional genérica para tomar, o no, en consideración, atendidas las « condiciones del delincuente y la naturaleza, los motivos y los efectos del delito », las circunstancias de « astucia, fraude o disfraz », abuso de superioridad, nocturnidad, reiteración o desprecio « por la dignidad, edad o sexo » de la víctima (art. 10.15). A diferencia, pues, del código de 1870, que solo preveía este margen de arbitrio para los casos de nocturnidad y reiteración, se ensanchaba en 1932 el campo de apreciación judicial en posible beneficio del reo ⁽⁷⁶⁾.

La huella del correccionalismo humanista se dejaba sentir, además, en otras dos circunstancias, esta vez de carácter eximente. En ellas lo prioritario era evitar la imposición de sanciones ordinarias en los casos en que la peligrosidad era mínima o corregible. Se trataba, en primer lugar, de la ya citada delincuencia juvenil, con una eximente de carácter general para menores de dieciséis que remitía en bloque a la jurisdicción tutelar de menores. La otra era de nueva creación, la del « sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción », quien, considerado inimputable, había de ser « ingresado en un establecimiento de educación de anormales » cuando infringiese la ley penal (art. 8.3^a). La indudable

(76) En contraste con el código de 1870 hubo además una alteración de carácter eminentemente técnico: las circunstancias mixtas de parentesco y publicidad, incluidas en el cuerpo decimonónico en el listado de agravantes, fueron incluidas en 1932 en un capítulo aparte, dada su peculiar naturaleza ambivalente.

aspereza del lenguaje utilizado por el código no debe ocultar el propósito correccionalista de la reforma.

Otra novedad significativa, explicada también por la falta de peligrosidad, aunque sin ubicarse en la lógica preventiva de las medidas de seguridad, y que reflejaba una concreta concepción de la justicia, fue la de la reparación de los efectos del delito y la de confesión voluntaria. Ambas atenuantes, se encontraban ya previstas en el código ilustrado de 1822 ⁽⁷⁷⁾; la primera requería para su estimación que existiese «arrepentimiento espontáneo» y la segunda que no se hubiese aún incoado el proceso contra el culpable (art. 9.8^a). Se atenuaba así la intervención de la justicia criminal cuando existía alguna conciliación horizontal entre infractor y ofendido, y se premiaba además la colaboración de los ciudadanos con la justicia, una colaboración nacida de la conciencia individual de culpabilidad por haber infringido una legislación que, por democrática, resultaba vinculante.

Este sentido igualitario, que pretendía situar la institucionalidad vigente a nivel de ciudadanía rasa, se advierte también en la supresión de la agravante de comisión del delito en edificios públicos, «mal avenida con las normas de una democracia» ⁽⁷⁸⁾. Se rechazaba con ello sublimar a las autoridades públicas con la protección especial de los palacios en que se alojaban. Se argumentaba, además, que de mantenerse la agravante introducida en 1870 se produciría redundancia gratuita, pues las instituciones políticas se encontraban ya penalmente protegidas, por lo que no requerían de un plus de punición contra las conductas que las agrediesen.

Hubo otras modificaciones que extendían con claridad esta inspiración democrática, alternativa a la cosmovisión liberal centrada en la defensa de la propiedad y la religión. La exclusión de la agravante por cometer la infracción en el parlamento o en el palacio presidencial alcanzó también a la típica y tradicional del sacrilegio. Se apreciaba con ello la laicidad del Estado proclamada en la Constitución de 1931 y se podían esgrimir para justificarlo idénticos

⁽⁷⁷⁾ Y las recuperó el código penal de 1928 con el que se quería romper, si bien en él se dejaba al arbitrio de los tribunales su estimación.

⁽⁷⁸⁾ [JIMÉNEZ DE ASÚA] *Exposición de motivos*, cit., p. 997, en consideración extensible a la supresión de la agravante de profanación, que seguidamente mencionaremos.

motivos de redundancia, al encontrarse ya protegidos los templos religiosos por el derecho penal común, e incluso por cierta legislación de excepción ⁽⁷⁹⁾. Por otro lado, la eximente del estado de necesidad dejó de contemplarse solo para el caso de daños sobre la propiedad, algo típico de las declinaciones anteriores, incluyéndose ahora el sacrificio de otros bienes jurídicos. Entre las agravantes se abolieron además las que se fundaban exclusivamente en el daño sobre las cosas o bienes. La razón alegada era parecida a la ya vista, de carácter técnico: se consideraban ya incluidas en los tipos de los delitos respectivos, lo que provocaría una perniciosa redundancia. Pero también existían motivos políticos: el derecho de propiedad privada no podía continuar ocupando el núcleo central de un sistema democrático, como ocurría en el régimen liberal, y ese desplazamiento de orden político general no podía menos que reflejarse en la disciplina de las circunstancias.

Por último, debe destacarse, por su valor político distintivo de esta declinación y por su problemático desarrollo, la extirpación de la agravante de vagancia. Se procedió a suprimirla « tanto porque [se estimaba] absurdo que se aument[ase] la pena en delitos en que el ocio no [era] relevante » como porque la propia tipificación de la vagancia resultaba « totalmente inconciliable con las normas democráticas de la incipiente República española » ⁽⁸⁰⁾. Ahora bien, pronto se revelaría que lo característico de esta declinación democrática no era la plena indiferencia, desde un punto de vista político-criminal, respecto de las situaciones de marginación social. Los ideales correccionalistas seguían fundamentando las posiciones a este respecto. Por tanto, si había de considerarse la vagancia, no era como circunstancia asociada a un delito, y mucho menos como un delito autónomo, según la entendieron los códigos conservadores, sino como un factor vinculado a la peligrosidad del sujeto, que debía acarrear, no agravamiento de la pena, sino el salto desde la lógica de la retribución a la de la prevención, con la prescripción de los

⁽⁷⁹⁾ « Art. 1º. Son actos de agresión a la República [...] IV. La comisión de actos de violencia contra personas, cosas o propiedades, por motivos religiosos, políticos o sociales, o la incitación a cometerlos », de la ley de 21 de octubre de 1931, conocida como de *Defensa de la República*.

⁽⁸⁰⁾ [JIMÉNEZ DE ASÚA] *Exposición de motivos*, cit., p. 997 y 998.

tratamientos correccionales pertinentes para neutralizar y reconducir dicho estado peligroso.

Y eso fue lo que pretendió realizar la polémica Ley de Vagos y Maleantes de agosto de 1933, inspirada en buena parte por el propio Luis Jiménez de Asúa, junto al también penalista Mariano Ruiz Funes. Paradójicamente, el propósito primordial con que nació esta legislación sobre los « estados peligrosos » fue garantista. Pretendía hacer aflorar al nivel de la tutela judicial todo el inframundo de la represión gubernativa de los sectores marginados, donde, como hemos visto, se acudía al expediente discrecional del arresto quincenal sustitutivo del pago de una multa. Ahora se ordenaba expresamente que las medidas de seguridad en ella previstas se aplicasen solo y exclusivamente por los tribunales (art. 5º).

La inflexión vino dada por la toma en consideración de la vagancia no solo como circunstancia agravante de un delito efectivamente cometido, sino también como un estado peligroso *per se*, merecedor de una medida de seguridad. En su ámbito de aplicación entraban los destinatarios del antiguo capítulo de los códigos sobre vagos y mendigos, a los que se añadían ahora otras categorías como los « rufianes y proxenetas », los « ebrios y toxicómanos habituales » o los que explotasen « juegos prohibidos ». El amplio margen de apreciación de circunstancias estrictamente subjetivas se hacía patente en el estado peligroso genérico de « conducta reveladora de inclinación al delito », manifestada, entre otros indicios, por « el trato asiduo con delincuentes y maleantes », la « concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos » o la reiteración, que de ser una agravante de libre interpretación judicial pasaba así a convertirse en un estado peligroso.

La entera ley se encuadraba ya en las directrices del correccionalismo. Su misión era supuestamente preventiva y profiláctica. No disponía castigos, sino medidas tutelares como el internamiento en « colonias agrícolas », centros de trabajo y « establecimientos de custodia » o la sumisión a la vigilancia de unos delegados de la que expresamente se indicaba su « carácter tutelar o de protección ». Si la vaguedad de las descripciones legales — se hablaba secamente de « vagos habituales », sin mayor precisión — exigía de integración judicial, el sistema previsto para graduar la medida de seguridad correspondiente no se abría menos al arbitrio del magistrado: se

establecían marcos sumamente extensos, que iban del año a los cinco años, y se recurría además a la técnica de la sentencia indeterminada a fin de facilitar la individualización del tratamiento en función de las características de cada individuo peligroso.

En este contexto normativo, la economía de las circunstancias no podía ser más laxa: cuando se sustanciaba un proceso criminal por la comisión de un delito, los tribunales podían apreciar la existencia de peligrosidad, y como síntoma de la misma podían estimar unos vaporosos « hechos reguladores de la actividad antisocial, aunque no estuvieren sancionados como delictivos » (art. 9º); y en los procedimientos ante la propia jurisdicción de vagos, iniciados casi siempre a instancias de denuncia policial, los magistrados debían interrogar al sospechoso, entre otros extremos, sobre su « manera de vivir durante los cinco años anteriores » (art. 12). Se diseñaba con ello un proceso cuyo centro de gravedad recaía, por tanto, en la apreciación discrecional de las circunstancias subjetivas que pudieren revelar la peligrosidad. Los llamados estados peligrosos conformaban, en suma, definiciones que en la práctica solo podían rellenarse a través de un inventario de circunstancias subjetivas no determinadas por la ley, sino por los jueces, de modo casuístico y en aplicación de sus prejuicios morales y de clase.

La aplicación, desarrollo y reformas de esta ley componen un buen ejemplo de las funestas consecuencias que pueden tener las buenas intenciones que suponen suspensión de derechos. Los órganos encargados de aplicarla, jueces y policía, procedentes todos del régimen de la Restauración e incluso de la dictadura, con sus consiguientes inercias excluyentes y autoritarias, la convirtieron de inmediato en un procedimiento sumario con el que castigar a quienes venían padeciendo los arrestos supletorios. El régimen y organización de los centros de internamiento, parecido en algunos casos a los campos de concentración, transformó las presuntas medidas de seguridad en penas infames. Y la ley, en manos primero de las derechas antirrepublicanas, y después de la dictadura franquista, fue reformada e interpretada de modo que permitió la persecución penal de la disidencia política, la de los pequeños delitos contra la propiedad y la de la homosexualidad. Es decir, se

convirtió en un instrumento represivo, mucho más que preventivo, de primer orden ⁽⁸¹⁾.

Antes de que los militares se sublevaran contra la República, en la fecha decisiva de octubre de 1934, la declinación democrática de las circunstancias experimentó el vaciamiento típico operado por las leyes especiales contra la delincuencia política. El 11 de ese mes (*Gaceta* del día 17) se sancionó una normativa antiterrorista que dejaba al « prudente arbitrio » de los tribunales la aplicación de las penas en ella previstas. Los jueces podrían utilizar las atenuantes enumeradas en el código para seleccionar el grado inferior de una pena (art. 6º), pero en lo que tocaba a su posible agravamiento, que podía implicar incluso la imposición de la de muerte, imperaría plena discrecionalidad judicial.

Tal fue, por tanto, el cuadro normativo vigente durante el tramo de la declinación democrática del modelo liberal de circunstancias. De haber subsistido el régimen republicano, posiblemente se habría conocido un novedoso sistema dual, al menos a tenor de lo que se desprende de las reformas planeadas hasta fines de 1933. Se encontraba entonces en curso un proyecto de nuevo código penal elaborado por el propio Luis Jiménez de Asúa, y sus discípulos José Arturo Rodríguez Muñoz y José Antón Oneca, cuyas bases estaban ya prontas. Esta nueva legislación punitiva quería plasmar las reivindicaciones del correccionalismo liberal y democrático, distinguiendo dos universos independientes en lo relativo a la responsabilidad: la « imputabilidad » y el « estado peligroso » (Base 3ª). Se introducía la novedad, respecto de la ley de vagos, de tomar en cuenta dicha peligrosidad solo si resultaba revelada « por la comisión de un hecho punible ». Ambos universos contaban con la organización ya sugerida en estas páginas: al de la imputabilidad le correspondía unas penas « proporcionadas a la gravedad del delito » con fines principalmente de « prevención general » (Base 9ª), y al del estado peligroso se le asociaban medidas de seguridad con fines de « prevención especial », individualizadas según la peligrosidad y de duración « absoluta o relativamente indeterminada en la ley y en la sentencia » (Base 10ª).

⁽⁸¹⁾ Para pormenorizar en estos desarrollos, permítaseme remitirme de nuevo a *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., p. 927 ss.

La revolución en materia de circunstancias se produciría en otro plano. Era evidente que todo lo relativo a la peligrosidad y las medidas de seguridad se tornaba circunstancial. La inflexión sustantiva se daría, por tanto, a nivel de imputabilidad y de aplicación de penas. No solo es que se separasen las causas de inimputabilidad (Base 4ª) y las eximentes (Base 6ª) de la clasificación estricta de las circunstancias, recogiendo con ello una vieja reivindicación doctrinal; es que el código futuro no especificaría « las circunstancias modificativas de la responsabilidad », limitándose a consignar « una fórmula general que expresase los móviles del delito y la naturaleza del delincuente, así como la conducta anterior y posterior a la infracción ». De este modo, y moviéndose dentro del marco previsto por la ley, los tribunales fijarían « la pena conforme a su arbitrio » según las circunstancias que hubiesen discrecionalmente detectado. Solo habría una agravante explícitamente prevista: la de la reincidencia, que permitiría « al Tribunal elevar en una tercera parte el máximo de la penalidad correspondiente » (Base 11ª) (82). Como se ve, fiados a la institución de una magistratura democrática y científicamente asesorada, esta acepción, en su horizonte, entregaba la determinación de las circunstancias a un pleno arbitrio judicial, si bien limitando legalmente sus consecuencias y ciñéndolo taxativamente solo en el caso de la reincidencia.

3.6. *Retorno a la declinación conservadora y fuga totalitaria.*

Antes de concluir este repaso por las concreciones del modelo liberal de circunstancias, conviene dedicar unas palabras al regreso de la declinación conservadora con el código franquista de 1944. Las reformas y recuperaciones hablan por sí solas: la circunstancia mixta de la publicidad se convirtió solo en agravante (art. 10.4ª); se restauró el endurecimiento de las penas para los delitos cometidos con profanación de templos católicos (art. 10.5ª); la reiteración, de poder ser estimada, o no, por el juez, pasó a convertirse en agravante

(82) Véanse las ilustrativas *Bases para el nuevo Código penal*, en *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1933, p. 191 ss. Entre las propuestas, figuraba también el reconocimiento del perdón judicial.

en cualquier caso (art. 10.14); se dio carta de naturaleza legal a la eximente de legítima defensa cuando se trataba de proteger la propiedad privada (art. 10.4^a); y entre las atenuantes se incluyó la de «obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia» (art. 9.7^a), dando así carta legal que garantizase la relativa impunidad de los delitos cometidos por particulares en nombre de los principios nacionalcatólicos y militaristas, cuyas víctimas muy probablemente serían disidentes y represaliados. Por otra parte, se disponía la libre apreciación judicial de las circunstancias subjetivas para aquellos menores de dieciséis años, que, al momento de enjuiciarse, hubiesen superado esa edad, por si se consideraba conveniente ponerlos a disposición directa de la «Autoridad gubernativa» en vez de entregarlos a los tribunales tutelares (art. 8.2^a).

También hubo modificaciones significativas en lo que hace a las reglas de aplicación de penas. Resultan, en apariencia, contradictorias, pero se hallaban en plena sintonía. Había sido tradicional ordenar la imposición de la pena en su «grado medio» para los delitos sin circunstancias; el legislador franquista revisó la regla y facultó a los tribunales para imponer la pena «en el grado que estim[asen] conveniente», una vez atendidas «la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente» (art. 61.4^a). La discrecionalidad de una magistratura adicta, y las categorías ya naturalizadas del derecho penal de autor, se daban así la mano en esta vuelta de la acepción conservadora. En la exposición de motivos se argüía que con esta facultad los tribunales podrían imponer el grado mínimo de la pena, aun cuando no mediasen circunstancias, suavizando así la regla tradicional anterior; y se recordaba asimismo que la «severidad» a que podría dar consecuencia se compaginaba «con el sentido de defensa social que inspira[ba] muchas de las disposiciones del Código», como las de terrorismo o tenencia de armas ⁽⁸³⁾.

La otra reforma en este punto se situaba en la línea de construir simbólicamente la imagen de una dictadura clemente: se permitiría a los tribunales dejar de imponer la pena de muerte en los casos en

⁽⁸³⁾ *Códigos penales españoles*, cit., p. 1183.

que ésta constituyese el grado máximo, una vez atendidas «la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable», y se prohibía en todo caso su aplicación cuando resultase, no de la pena prevista por la ley para su infracción, sino de su agravamiento en razón de las circunstancias concurrentes (art. 61.2^a). Téngase presente que semejante concesión se realizaba después de varios años de aplicación implacable, arbitraria y muchas veces extrajudicial de la pena capital, y revelaba el tránsito del régimen totalitario franquista desde las estrategias de exterminio e intimidación a las de asimilación forzada a la nueva comunidad nacionalcatólica.

Conviene, pues, recordar que esta disciplina conservadora de las circunstancias fue precedida por una legislación especial, volcada en la defensa de la integridad estatal, que tuvo su propio régimen de imputabilidad y de penalidad, cuyos tipos resultaron incorporados al código de 1944 y cuyas penas más usuales explican esta regla de clemencia judicial. Piénsese, por ejemplo, en la ley de seguridad del Estado de 20 de marzo de 1941 (*Gaceta* del 11 de abril). Derogaba todo lo concerniente a la disciplina codificada de los delitos políticos y atribuía transitoriamente su enjuiciamiento a la jurisdicción militar. El propio marco establecido para la determinación de las penas ya revela el amplísimo margen de arbitrio cedido: las horquillas podían oscilar de los doce o quince hasta los treinta años de privación de libertad, o incluso de los veinte años hasta la imposición de pena capital. La conspiración y proposición podía castigarse con penas de seis a veinte años, la provocación por medios de difusión pública, de doce a quince, y la apología, de tres a nueve años. Cuando no estaban previstas en el propio tipo, la imposición de las penas complementarias de multas o inhabilitación se dejaba a la libre apreciación de las cortes militares, una vez atendidas las circunstancias personales, económicas y objetivas. Y llegaba a instaurarse para estos delitos políticos un sistema autónomo de circunstancias atenuantes, con sus propias reglas de aplicación, que si por un lado permitía a los tribunales reducir las penas a la mitad, por el otro también les autorizaba a «desestimar la rebaja de la pena, a pesar de la concurrencia de atenuantes, en atención a la naturaleza de las mismas, y del delito enjuiciado y de las circunstancias personales del delincuente» (art. 62).

Cabe así concluir que si bien el código de 1944, que integró los tipos acuñados en esta ley, supuso un regreso reforzado de la interpretación conservadora de las circunstancias, el régimen concreto previsto en esta ley de seguridad del Estado iba más allá de los típicos vaciamientos autoritarios para los delitos políticos. La competencia de la jurisdicción castrense (también prevista en algunos de dichos vaciamientos), la extensísima amplitud de los marcos previstos por la ley y el consiguiente espacio cedido a la arbitrariedad en la apreciación de circunstancias, hasta el punto de permitirse su inaplicación, permiten, de hecho, hablar de una mutación totalitaria del modelo, diferente ya de la fisonomía liberal-conservadora examinada.

Por último, debe apuntarse también que la necesidad de recuperar el título específico de vagos y mendigos de los códigos conservadores no existía, pues se contaba ya con la legislación aludida sobre el particular, convenientemente reformada para ensanchar su campo de aplicación.

4. *El modelo constitucional-ilustrado.*

Como he indicado en la introducción del presente texto, el modelo liberal que acabamos de exponer fue el más importante y duradero de la experiencia jurídica española entre los siglos XIX y XX. Tuvo, como se acaba de señalar, un punto de fuga totalitario, consagrado legalmente en 1941, pero practicado en la represión de la disidencia desde comienzos de la sublevación en 1936. Hubo, además, otro dos modelos. Ambos encontraron plasmación codificada, pero de vigencia efímera y carácter excepcional, datos que no merman en absoluto su indudable relevancia historiográfica. Si aquí los traemos a colación es por afán de exhaustividad, aunque los límites del trabajo impedirán ir más allá del mero bosquejo.

Se trata de dos sistemas de organización y concepción de las circunstancias que compartían con el modelo liberal la noción del delito como acción voluntaria consistente en la infracción de la legalidad penal; sin embargo, contaban con características propias tan decisivas que permiten considerarlos como tipos autónomos.

El primero de ellos fue el modelo engastado en los preceptos correspondientes del código de 1822. Contaba con una serie de

características que delatan su complejidad independiente. Las indicaremos todas, pero puede adelantarse ya que son dos las que, por encima de todo, lo distinguían: su limitación estricta del arbitrio judicial y la apertura a la intervención de los llamados « jueces del hecho ».

La primera diferencia que llama la atención es la renuncia a los elencos cerrados de circunstancias. El legislador constitucionalista prefirió introducir enumeraciones donde se recogían las más frecuentes, pero sin perjuicio de incluir otras en los diferentes tipos delictivos. Pudiera pensarse, de forma anacrónica, que esta inclusión casuística de circunstancias obedecía a una falta de sistematización, a una deficiencia en la técnica codificadora; sin embargo, resulta más congruente enlazar este rasgo con el propósito de, por un lado, limitar al máximo la disposición jurisdiccional del derecho penal, y por otro, garantizar en todos y cada uno de los casos la proporcionalidad entre los delitos y las penas.

A esta interpretación anima la economía codificada de las reglas de aplicación de penas en atención a las circunstancias. Las penas se dividían en tres grados, dentro de los cuales los jueces contaban con un cierto margen de maniobra, pero guiados en ocasiones por la previa determinación realizada por el jurado, limitados en otros casos por las tablas de equivalencia entre penas explícitamente recogidas en la ley (art. 104) y constreñidos en cualquier caso a aplicar siempre la pena menor en caso de duda fundada (art. 111). Aunque hubiese espacio desde luego para el « prudente juicio de los jueces », cuya mayor manifestación, no casualmente, se daba para moverse en el grado menos grave de los tres, que la práctica a abatir era el arbitrio judicial procedente del antiguo régimen lo revelaban algunas interdicciones expresas: en adelante, los tribunales no podrían « jamás aumentar ni disminuir las penas prescritas por la ley sino en los casos y términos expresados » en el propio código, como tampoco podrían « variar, conmutar, dispensar, ni alterar en manera alguna las penas, ni dejar de aplicarlas » (art. 108). Si propio del modelo liberal de circunstancias era la reconciliación, y hasta el abuso, del arbitrio judicial, su concepción constitucional-ilustrada lo limitaba y aborrecía.

Con independencia de que en los tipos específicos pudieran mencionarse circunstancias, ya hemos indicado que el legislador

también enumeró las más habituales. En algunas de ellas se aprecia la inclinación ilustrada, que no es sinónima, como habitualmente se piensa, de indulgencia y benignidad sistemáticas: entre las atenuantes se contemplaba, por ejemplo, la « falta de talento ó de instrucción » (art. 107.1^a), la « indigencia » (art. 107.2^a), el arrepentimiento eficaz y la confesión voluntaria (arts. 107.5^a y 6^a). Combatiendo entonces el constitucionalismo contra quienes aspiraban a restaurar el mundo tradicional, se definían como agravantes la comisión del delito aprovechando « sedición, tumulto ó conmoción popular » (art. 106.6^a) y « la mayor publicidad ó autoridad del sitio del delito » (art. 107.7^a). Definiéndose, por último, la concepción penal ilustrada tanto por su garantismo frente a la arbitrariedad judicial como por su fin preponderante de prevención general ⁽⁸⁴⁾, se marcaba como agravante « la mayor necesidad que [tuviese] la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos » (art. 106.2^a).

Los listados de circunstancias no se cerraban con las cláusulas de analogía incluidas en los códigos decimonónicos restantes. Si existía, en cambio, una disposición específica para aquellos casos en que se apreciase una circunstancia no prevista legalmente, pero en « perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas », ya fuesen agravantes o atenuantes. La peculiaridad venía dada por el órgano competente para apreciar dicha analogía: los « jueces de hecho » (art. 109). Se impedía así la creación judicial de circunstancias, facultad cedida en exclusiva al jurado, frente a la cual, los magistrados, en caso de duda fundada, podían consultar « al superior competente » sobre la pertinencia de tener en cuenta la nueva eventualidad.

Es esta intervención constitutiva del jurado ⁽⁸⁵⁾, que se extendía incluso, para todos aquellos casos que no estuviesen expresamente exceptuados por la ley, a la elección del grado de la pena a imponer, lo que, a mi juicio, formaba un manera completamente indepen-

⁽⁸⁴⁾ No es casual a este respecto el influjo del utilitarismo: v. M. TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina, Sicania UP, 2008, p. 86 ss.

⁽⁸⁵⁾ Sobre la suerte de la institución en el periodo y, sobre todo, en el código y su errática aplicación, vid. J.A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurado*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, p. 94 ss.

diente de concebir la dimensión circunstancial del delito, asequible, ante todo y principalmente, a la ciudadanía en su acto de participación en la administración de justicia, por tratarse de una cuestión más ligada a la equidad natural que a la disciplina cerrada de los códigos.

5. *Modelo de la defensa social.*

Existió aún otro modelo, materializado en el código de 1928, de pretensiones científicas y sistemáticas ⁽⁸⁶⁾. Introdujo en este sentido la división, ya consensuada en la doctrina, entre las causas de inimputabilidad y las de justificación para tratar de las antes llamadas circunstancias eximentes. En el elenco de las causas de justificación ya se patentizaba el giro autoritario, todavía de signo liberal-conservador: entre ellas figuraba la tradicional legítima defensa, extendida ahora a la « honra » y la « propiedad » del ilegítimamente agredido (art. 58); se despenalizaban además los excesos en su ejercicio cuando fuesen consecuencia « del terror, o del arrebató y obcecación del momento », si así lo considerase probado el tribunal una vez « atendidas las circunstancias del hecho, las del lugar en que se efectúe y las personas del agresor y del agredido » (art. 59). La eximente alcanzaba expresamente la defensa del domicilio privado contra ladrones e intrusos. Los derechos patrimoniales primaban así, según dictado del código, sobre los derechos personales de los potenciales delincuentes.

El cuerpo punitivo de la dictadura alteró también notablemente, por razones de coherencia doctrinal ⁽⁸⁷⁾, la distribución de las circunstancias del delito, tanto atenuantes como agravantes, distin-

⁽⁸⁶⁾ Código que de todos modos estuvo precedido, desde comienzos de la dictadura en 1923, por leyes penales especiales sobre delincuencia política que continuaron la senda de los vaciamientos ya comentada, y que resultaron incluidas por lo general en el nuevo cuerpo normativo: v. J. ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, « RGLJ », 78, tomo 54 (1929), pp. 42-43. Sobre este cuerpo legal, véase igualmente G. COBO del ROSAL PÉREZ, *El proceso de elaboración del Código penal de 1928*, « AHDE », 82 (2012), pp. 561-602.

⁽⁸⁷⁾ Ya antes del código se diferenciaba entre las circunstancias « desde el punto de vista de la responsabilidad del agente » y las que aludían al « modo que el delito puede exceder en gravedad », E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal (parte general)*, Barce-

guiendo entre dos clases: las referidas a la infracción y las vinculadas al transgresor. Para las atenuantes, se establecía de entrada una interdicción interpretativa de carácter general, que, pese a su apariencia, más que limitar el arbitrio judicial, lo potenciaba en dirección conservadora, es decir, convirtiéndolo en instrumento de la represión estatal y no de protección de los derechos: las acciones constitutivas de circunstancias procedentes «de actos ilícitos o inmorales» no podían en ningún caso fundar atenuación de la pena (art. 63.3^a) (88). En la enumeración ulterior, perfeccionada técnicamente, se daba una de cal y otra de arena, en un giro propio, otra vez, de la constitución de una dictadura militar cristiana: si el abuso de autoridad atenuaba la pena, siempre que se hubiese producido justo antes o después de haber sido sus agentes agredidos (art. 64.5^a), también suavizaba el rigor de los castigos haber obrado el culpable «impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria para ganarse el sustento necesario» (art. 65.3^a).

Ahora bien, las novedades mencionadas hasta ahora, de carácter sistemático y con ciertos rasgos autoritarios, no consentirían la identificación de un modelo autónomo. La hipótesis aquí sostenida, sin embargo, es que nos encontramos ante un tipo independiente. Y en apoyo de ella debe mencionarse la relevancia central de las circunstancias agravantes subjetivas, reveladoras de un «estado peligroso», que debía castigarse especialmente o tratarse con la correspondiente medida de seguridad. En efecto, el código de 1928 mencionaba, entre las agravantes ligadas a las «condiciones del infractor», la de la «vida depravada anterior» del delincuente, inferida de su conducta social y familiar y de su (mala) fama pública (art. 67.1^a). Como no podía ser de otro modo en la lógica de la peligrosidad social, en ella todo se tornaba circunstancial y discrecional, pues los tribunales podían tenerla, o no, en cuenta, una vez

lona, Bosch, 1926, p. 324, quien se declaraba partidario de entender las agravantes solo como subjetivas (p. 340).

(88) Para determinar tal inmoralidad debe darse por supuesta la hegemonía oficial de los principios nacionalistas y católicos: v. A. QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, *Haciendo españoles: la nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Madrid, CEPC, 2008.

ponderadas las circunstancias « personales del infractor » y las objetivas de las infracciones cometidas.

El salto completo a la dinámica de los estados peligrosos no se consumaba con esta agravante, que servía, como las restantes, para endurecer la pena impuesta. Esta alteración sustantiva se producía en una sección independiente, dedicada a la « delincuencia habitual y [la] predisposición para delinquir ». Estamos ya ante la consagración penal de dos estados peligrosos con todas las consecuencias que a los mismos atribuían las doctrinas defensistas ⁽⁸⁹⁾. El primero era el de la llamada « multirreincidencia », que llevaba aparejada la declaración judicial de un estatus de delincuente habitual si los tribunales lo consideraban pertinente, atendidas, otra vez, las circunstancias objetivas y personales en su más amplio sentido, incluido « el género de vida llevado anteriormente » por el culpable (art. 70). Que en esta situación de peligrosidad entraban los disidentes políticos lo demuestra el que, para declararla, debían tomarse en consideración las infracciones castigadas por la jurisdicción militar. Su alcance represivo se torna visible por incluir en su régimen, no solo los delitos consumados, sino cualquier grado de responsabilidad, por mínima que fuese, de la tentativa a la conspiración, la proposición o la provocación. Y que en su disciplina no quedaba ninguna huella del correccionalismo humanista, inspirándose por entero en el defensismo de corte retributivo, lo evidencia la medida de seguridad prevista para el caso, que de cualquier modo acompañaba a la pena: la « retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles » (art. 90.7^a) por « tiempo indeterminado » (art. 157).

De forma similar se regulaba la predisposición al delito, mostrada en el curso de un proceso penal: el tribunal, atendidas las circunstancias, podía declarar un estatus de « peligro social criminal » que, junto a la imposición de la pena por la infracción cometida, suponía la aplicación de una medida de seguridad seleccionada discrecionalmente por los jueces (art. 71). Las intenciones

⁽⁸⁹⁾ Uno de los principales inspiradores reconocía expresamente esta presencia de la defensa social: E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español. (Exposición y comentario)*, Barcelona, Bosch, 1929, pp. 8-9. Su sello inconfundible lo daba el pleno arbitrio judicial en la administración de medidas de seguridad (p. 12 ss.).

que animaban estas circunstancias no eran ya las de ver al sujeto peligroso como un enfermo necesitado de terapia, sino como una desviación crónica, independiente de los factores que la habían provocado, cuyo portador debía ser neutralizado y apartado de la sociedad. Las preferencias defensistas conquistaban así una posición central en el nuevo régimen codificado. Se advertía ya entonces que « los despotismos ha[bían] invocado siempre la defensa social para justificar su existencia », mas, lo que aquí interesa, por encima de su evidente coloración política, es la « revolución » que esta nueva circunstancia subjetiva, con sus correspondientes consecuencias, supuso para el « anterior sistema de las penas determinadas » ⁽⁹⁰⁾, cambio que nos permite, pues, considerar la concepción de las circunstancias del código de 1928 como un modelo aparte.

⁽⁹⁰⁾ ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, cit., pp. 39 y 52.

MARCO NICOLA MILETTI

ELEMOSINA GIUDIZIARIA O TRIONFO DELL'EQUITÀ? IL RIPRISTINO DELLE ATTENUANTI GENERICHE NELLA PENALISTICA ITALIANA DEL SECONDO DOPOGUERRA

1. L'abrogazione nel codice Rocco: umori anti-giurisprudenziali. — 2. Il tempo dei rimpianti. — 3. La riesumazione luogotenenziale e le « incredibili applicazioni ». — 4. L'impotenza del legalismo. — 5. Spazi discrezionali e obblighi di motivazione. — 6. Il « polmone » dell'art. 133, « riserva di certezza ». — 7. L'armonia perduta. — 8. Gli effetti: bilanciamento e prescrizione. — 9. Le aggravanti generiche. — 10. Conclusioni.

1. *L'abrogazione nel codice Rocco: umori anti-giurisprudenziali.*

La disciplina delle circostanze approntata dal codice penale del 1930 presentava, rispetto al testo previgente, un poderoso arricchimento ma anche una vistosa lacuna: mancavano le attenuanti generiche ⁽¹⁾. L'istituto era stato bersaglio della notoria diffidenza carrariana ⁽²⁾. La scuola positiva lo aveva ritenuto foriero di arbitrio « a

⁽¹⁾ Sull'imponenza della disciplina codicistica del 1930 v. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 43; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, pp. 30-31. G. PAOLI, *Le circostanze del reato nel Progetto definitivo di Codice penale*, in ISTITUTO DI STUDI LEGISLATIVI - STUDI DI DIRITTO PENALE COMPARATO I, *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo. Saggi critici*, Roma, Istituto di Studi Legislativi, 1930, p. 296 ridimensionava l'originalità della scelta d'incastonare le circostanze nella parte generale del codice, ma riconosceva (ivi, p. 297) nella sistematica e nella cura del relativo capitolo « un progresso tecnico di prim'ordine ».

⁽²⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale [...]. Parte generale. Vol. II*, Ottava edizione, Firenze, Casa editrice libraria "Fratelli Cammelli", 1897, § 702, nt. 2, pp. 109-111; Id., *Questioni singolari ad occasione della giuria. III. Se sia vero che nei delitti atroci non si debbano ammettere le circostanze attenuanti*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1870², II, pp. 460-461. Critico verso le perplessità carrariane, in particolare perché restava indimostrato che un'elencazione casistica

tutto vantaggio del delinquente » e non consono al « metodo criminologico positivo » ⁽³⁾. Eppure, ancora negli anni Venti del Novecento il *Trattato* di Vincenzo Manzini, spendendo l'autorità del Pessina, aveva perorato la causa: « Il concetto delle attenuanti generiche rimane e rimarrà sempre la migliore espressione giuridica di una salda verità psicologica ed etica, e insieme il riconoscimento d'un provvido principio d'equità »; grazie ad esso il giudice contemperava la « fredda obiettività e generalità della norma » e le peculiarità dei « casi concreti ». Certo, ammetteva lo studioso friulano, i giurati lo avevano svilito a « pietosa parola » che non si rifiutava a nessuno o, « peggio assai », ad arma di proscioglimento: ma sarebbe bastato sostituire al troppo rigido art. 69 c.p. 1889 (che prevedeva l'attenuazione nella misura fissa, e sovente « illusoria », d'un sesto)

avrebbe « corazza[to] il pericardio dei giudici popolari », si professava V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*. Ristampa della Seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume Secondo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, p. 118.

⁽³⁾ E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*. Terza edizione rinnovata. *Volume II*, Milano, Vallardi, 1926, n. 540, p. 222 aveva deplorato che le attenuanti conferissero « al giudice togato, e, peggio ancora, al giudice popolare, quasi un diritto sovrano di modificare la legge [...] senza controllo » né motivazione: meccanismo che tornava « tutto a vantaggio del delinquente, giacché si risolve in una diminuzione di pena non giustificata, cieca del tutto ». « Dal punto di vista della scuola positiva », inoltre, Florian aveva auspicato l'abolizione delle generiche, che trasformavano la « larghezza » di discrezionalità del giudice in « arbitrio » e che si rivelavano inutili ove si fosse adottato « il metodo criminologico positivo ». Comunque, una volta ammessa la discrezionalità del magistrato — aveva concluso Florian — bisognava lasciargliene intero « l'esercizio [...] senza restrizioni aprioristiche od inceppamenti ». La preoccupazione di Florian verso un istituto « tutto a vantaggio del delinquente » si ritrova significativamente riportata, in forma anonima, da C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco. Vol. I - Parte prima (art. 1-84)*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930, p. 391, nt. 1. Dissenso « assoluto e irriducibile » da Florian professava G. PAOLI, *Per le circostanze attenuanti generiche*, in « La Scuola positiva - Rivista di Diritto e Procedura Penale », n.s. XII (1932), pt. I, p. 541, al cui « orecchio... classico » suonava incoerente scandalizzarsi dell'arbitrarietà delle generiche e invocare « come salvezza » la criminologia positivista, semmai moltiplicatrice di arbitri giudiziari. Sottolineava la convergenza tra Carrara e Florian P. MIRTO, *L'art. 62 bis del codice penale e la nozione di circostanze attenuanti generiche*, in « Rivista Penale », LXXIX, terza sr., fsc. 7 (lug. 1954), p. 451.

una riduzione di pena per gradi, o magari importare le *attenuantissime* dalla Francia ⁽⁴⁾.

Giovedì 22 marzo 1928 la commissione ministeriale presieduta dal procuratore generale di Cassazione Giovanni Appiani e incaricata di esaminare il progetto preliminare di codice penale iniziò a discutere di circostanze. Alla riunione partecipavano penalisti qualificati come Silvio Longhi, Eduardo Massari, Vincenzo Manzini, Arturo Santoro; nello *staff* di segreteria sedevano Ugo Aloisi, Carlo Saltelli, Giovanni Novelli, Alfredo Jannitti Piromallo. L'omogenea militanza scientifica non impedì ad alcuni dei presenti di eccepire sia l'impianto troppo dottrinario del progetto, sia l'eccessiva tipizzazione delle circostanze comuni, « litanìa » — protestava Longhi — di « quasi venticinque ipotesi » che avrebbe partorito « volumi di letteratura » nonché, in sede processuale, « una camicia di Nesso insopportabile » ⁽⁵⁾. Constatando le perplessità, il presidente Ap-

(4) MANZINI, *Trattato*, cit. in nt. 2, II, p. 118 (provvida equità e citazione di Pessina); ivi, pp. 127-128 (giurati e proposta); ivi, p. 120 un elenco esemplificativo di attenuanti generiche, comprendente l'ignoranza della legge, la causa d'onore, « sentimenti e passioni non ignobili », età, « tenuità o nullità del danno », « ravvedimento attivo » etc. E. PESSINA, *Parte prima - Progetto di legge e libro I del progetto di codice penale*, in SENATO DEL REGNO, Legislatura XVI, sessione 2^a (N. 96-A), *Progetto di codice penale - Relazione della Commissione speciale del Senato*, Roma, Forzani & C., Tipografi del Senato, 1888, p. 71 aveva definito le circostanze attenuanti « una delle più grandi conquiste della legislazione penale moderna », che non meritava d'esser messa « da banda, perché l'opera del giudice integri nella valutazione delle colpe umane l'opera del legislatore ».

(5) MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume IV. Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale. Parte II^a. Verbali delle sedute della Commissione (Libro I del Progetto)*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929 [d'ora in avanti: LLPP, IV/2], vb. 16 (22 marzo 1928), pp. 199-201 (obiezioni di Longhi e De Nicola sull'impostazione troppo dottrinaria); 202 (rassicurazioni di Massari); 201-202 (Longhi sulla « litanìa » e sulla pretesa del legislatore di « fare la psicologia » laddove le valutazioni psicologiche avrebbero dovuto essere « fluide, aperte, inscindibili e non elencabili »); ivi, vb. 18 (24 marzo 1928), 231-232 (letteratura e camicia di Nesso). Anche PAOLI, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, p. 298 avrebbe visto nel progetto (definitivo) una « tendenza a teorizzare » e « qualche sovrabbondanza di definizioni ». Il sistema della tipizzazione incontrò « opposizioni non lievi e dissensi radicali » nei pareri della magistratura (inclusa la Cassazione) e delle curie locali: cfr. G. MARCIANO, *Delle Circostanze del reato nel Progetto italiano di Codice penale (Art. 65 e 66*

piani propose dapprima una mozione che esortava il governo a « *disciplinare altrimenti* la materia »; quindi ripiegò sull'ordine del giorno Carinci, approvato all'unanimità, con il quale si invocava semplicemente una *più sintetica disciplina*. Anche questo flebile invito, però, rimase inascoltato. Del resto, Massari aveva prontamente avvertito che esso non si sarebbe mai potuto tradurre in abolizione del « concetto di circostanze », se non al prezzo di legalizzare le « pene arbitrarie » (6).

Il fantasma delle « pene arbitrarie » fu agitato da Massari anche in rapporto alle attenuanti generiche. L'istituto, « generalmente censurato dalla dottrina », era già sparito dal progetto preliminare del 1927: soppressione — ricordava ora *ad adiuvandum* il giurista pugliese — che era stata condivisa dal presidente Appiani proprio nel timore dell'« arbitrio insindacabile » dei giudici; e approvata da De Marsico, relatore per conto della commissione della Camera (7).

del Progetto), in ISTITUTO DI STUDI LEGISLATIVI - STUDI DI DIRITTO PENALE COMPARATO I, *Il Progetto Rocco*, cit. in nt. 1, p. 320. A codice approvato, così si esprimeva V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930. Volume secondo [...]*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1933, p. 149: « Sarebbe stata, a nostro avviso, preferibile una indicazione meno minuziosa delle circostanze aggravanti e attenuanti, che si sarebbe potuta ottenere stabilendo la ragione d'ogni caso di aggravamento o di attenuazione, a prescindere dalla modalità dei fatti, perché la previsione dei fatti, oltre ad essere molto complicata, non può mai essere completa ». Viceversa MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, p. 454 elogiava il codice Rocco per aver *irretito* l'intera gamma oggettiva e soggettiva delle circostanze includendovi « per la prima volta » i motivi.

(6) LLPP, 4/2, cit. in nt. 5, vb. 16 (22 marzo 1928), pp. 206-207 (le due proposte Appiani); ivi, vb. 18 (24 marzo 1928), pp. 233-234 (chiarimento di Massari); ivi, p. 231 (impazienza di Ar. Rocco dinanzi alle esitazioni della commissione). Cfr. AL. ROCCO, *Relazione sul Libro I*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte 1^a. Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, n. 78, p. 109 per la soluzione accolta dal ministro, sulla quale esprimeva un malcelato disappunto MARCIANO, *Delle Circostanze*, cit. in nt. 5, p. 321.

(7) G. APPIANI, *Relazione introduttiva*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume IV. Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale. Parte 1^a [...]*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, n. 59, p. 67; LLPP, IV/2, cit. in nt. 5, vb. 16 (22 marzo 1928), p. 204 (intervento di Massari sulla generale censura della dottrina, sul rischio di « pene arbitrarie » e sulla posizione di De

Per la verità, l'allarmismo per il possibile straripamento dalle funzioni giudiziarie non persuadeva tutti i commissari. Nella storia italiana recente, puntualizzava Manzini, erano stati i giurati, più che i togati, a macchiarsi di qualche abuso. Sulla stessa linea, Arturo Santoro esortava i colleghi a parlare di *discrezionalità*, « parola più consona » rispetto ad *arbitrio*: « i magistrati non commettono mai arbitri, perché sono organi dello Stato (...) e lo Stato non commette arbitri » (8).

Pare indubbio, però, che sull'accantonamento delle generiche pesò soprattutto una malcelata strategia anti-giurisprudenziale. Basti scorrere le considerazioni con le quali, nella seduta del 24 marzo 1928, Arturo Rocco illustrava alla commissione Appiani le tre opzioni astrattamente disponibili per disciplinare le circostanze: se si fossero confermate le generiche, ci si sarebbe esposti a riduzioni di pena (sino a due terzi) dettate da « una generica, astratta e non sempre ponderata considerazione di equità »; se si fossero assegnati al giudice « criteri direttivi » analoghi a quelli del futuro art. 133, bisognava consentirgli di valicare pericolosamente i limiti edittali; si era perciò preferita l'enumerazione *tassativa* (e non *esemplificativa*, inconcepibile nelle aggravanti) delle circostanze « comuni ». Le tre alternative prospettate da Arturo Rocco e la relativa soluzione sarebbero state ricopiate quasi alla lettera dal fratello Alfredo nella relazione al progetto definitivo (9).

Marsico, riprodotta anche ivi, p. 206). Al Massari si associarono i commissari Antonio Gismondi (ivi, p. 205) ed Enea Noseda, il quale rilevò che le attenuanti erano « state sempre una specie d'elemosina », ispirate ad una sorta di pietà manifestata dal giudice (ivi, p. 204).

(8) *LLPP*, IV/2, cit. in nt. 5, vb. 16 (22 marzo 1928), p. 205 (Manzini); ivi, vb. 18 (24 marzo 1928), p. 243 (Santoro). Coerentemente Manzini (ivi, vb. 18, p. 242) si schierava, invece, a sostegno del bilanciamento così come configurato dallo stesso progetto preliminare, ossia nel senso della piena discrezionalità del giudice. Sull'improprietà dell'uso di *arbitrio* (anziché *discrezionalità*) nella relazione ministeriale v. PAOLI, *Per le circostanze attenuanti generiche*, cit. in nt. 3, p. 539.

(9) Rispettiv. *LLPP*, IV/2, cit. in nt. 5, vb. 18, pp. 237-239 (le tre opzioni delineate da Ar. Rocco); AL. ROCCO, *Relazione sul Libro I*, cit. in nt. 6, n. 78, p. 110 (riproposizione quasi letterale delle tre opzioni indicate da Ar. Rocco); ivi, n. 83, pp. 119-120 (il ministro ribadiva d'aver abolito le generiche perché queste, « per la loro stessa genericità e indeterminatezza », si erano tradotte in un « mezzo per diminuire la pena, ad arbitrio del giudice di fatto senza possibile sindacato » e si erano trasformate in « una concessione

Peraltro, sacrificate le generiche sull'altare del rigido legalismo, il progetto preliminare congegnava un giudizio di prevalenza che pareva all'opposto « consacrare » la discrezionalità del giudice, come riconosceva un Manzini *plaudente* sul punto. Contro una simile schizofrenia si esposero soprattutto i commissari Giuseppe Gregoraci e Silvio Longhi: per il primo il cd. bilanciamento avrebbe insensatamente *distrutto* l'analitica architettura delle circostanze specifiche, per il secondo esso avrebbe trasformato « i tribunali di diritto » in « tribunali di psicologia legale » resuscitando addirittura lo spettro della prova legale. Alle obiezioni Arturo Rocco replicò negando che nel progetto vi fosse contraddizione. Mentre, infatti, la scelta di vietare la creazione giudiziaria di circostanze (le aggravanti, in particolare) mirava a blindare il principio del *nullum crimen*, il bilanciamento, abbandonato il criterio aritmetico zanardelliano (cumulo materiale, art. 29 co. 3) « non rispondente [...] all'umanità del giudizio penale », recuperava quel potere discrezionale (non arbitrario) del quale la magistratura avrebbe certo fatto un uso « moralmente e socialmente » appropriato. « Del resto — aggiungeva Rocco — il giudice prosegue l'opera del legislatore, perché la funzione giudiziaria non è che una prosecuzione della funzione legislativa, e pertanto ben può assurgere ad un giudizio sintetico ». Il ragionamento convinse la commissione ministeriale a respingere a maggioranza la proposta di abolire il giudizio di equivalenza ⁽¹⁰⁾.

Anche a favore del bilanciamento la relazione definitiva si sarebbe appiattita sugli argomenti emersi in seno alla commissione

che si faceva al colpevole, senza quasi motivare, per una non sempre ponderata considerazione di pretesa equità »).

⁽¹⁰⁾ LLPP, IV/2, cit. in nt. 5, vb. 18, pp. 242 (*plauso* di Manzini per la *consacrazione* della discrezionalità; tesi di Gregoraci, definita *defensionale* da Ar. Rocco, ivi, p. 244); 243 e 246 (Longhi); 243-245 (tesi di Ar. Rocco, il quale testimoniava ivi, p. 245, da *ex* giudice penale di prima istanza a San Marino, il buon funzionamento di quel sistema nella Repubblica del Titano); 247 (votazione). Massari (ivi, pp. 246-247), anticipando alcuni passaggi della relazione al progetto definitivo, sostenne che il giudizio di equivalenza o prevalenza rispondesse ai canoni positivistici del giudizio « integrale » e non « aritmetic[o] », pur senza spingersi sino alla tesi ferriana della pena indeterminata. Sulla contraddizione tra abolizione delle generiche e discrezionalità del bilanciamento sarebbe ritornato B. COCURRELLO, *Le circostanze del reato*, Napoli, Edizioni «La Toga», 1940, p. 506.

Appiani: *chance* per il giudice di procedere a una valutazione sintetica del reato e del colpevole, piena fiducia nella magistratura ⁽¹¹⁾. Tuttavia, com'è stato di recente rilevato, le rassicurazioni di Alfredo Rocco si basavano su due condizioni successivamente 'saltate': l'onere di motivazione quale garanzia contro gli eccessi della discrezionalità e l'esclusione dal giudizio di equivalenza (sino alla riforma del 1974) delle circostanze personali, autonome e indipendenti ⁽¹²⁾.

2. *Il tempo dei rimpianti.*

L'obiettivo centralità delle circostanze nella parte generale del codice Rocco rilanciava l'interesse dottrinale per una materia da sempre « ritenuta arida » ⁽¹³⁾. La minuziosa regolamentazione si prestava, certo, ai virtuosismi del dogmatismo ⁽¹⁴⁾, ma apriva anche

⁽¹¹⁾ AL. ROCCO, *Relazione sul Libro I*, cit. in nt. 6, n. 88, pp. 123 (il bilanciamento avrebbe fornito al giudice « una visione completa ed organica del colpevole e del reato », affinché la pena costituisse, « per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche ») e 124 (assecondata la tendenza ad ampliare la discrezionalità del giudice; fiducia nella magistratura). La prima formula suonava « parzialmente ambigua », ad avviso di MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, p. 582. Sperando di convincere *in limine* il ministro ad una modifica, PAOLI, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, pp. 315-318 notava che il bilanciamento avrebbe riproposto la *dosimetria* del codice Zanardelli, allargando anzi in misura paradossale la forbice tra il minimo e il massimo (potenziali) della pena.

⁽¹²⁾ F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », LVIII (2015), fsc. 4 (ott.-dic.), p. 1763.

⁽¹³⁾ A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, Tipografia delle Mantellate 1933, *Prefazione*, p. VII (Roma, marzo 1933). ID., *Le circostanze del reato*. Seconda edizione, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952, p. X, modificava il testo originario della *Prefazione alla prima edizione* rincarando la dose: [materia] « a torto ritenuta arida ed esangue ». Sulla minore attenzione della dottrina al tema sotto il codice Zanardelli v. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, p. 31, nt. 83, con particolare riguardo a L. LUCCHINI, *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in *Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza [...]*, Volume secondo, Parte seconda, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1893, pp. 1-3.

⁽¹⁴⁾ L'analisi dogmatica del tecnicismo giuridico s'impennò sulla distinzione, mutuata dalla teoria del negozio giuridico, tra elementi essenziali e accidentali del reato:

insperati spiragli a sommesse provocazioni anti-legalistiche o a rimodulazioni ideologiche della funzione della pena ⁽¹⁵⁾.

Sparite dal quadro normativo, le attenuanti generiche lasciavano rimpianti non sporadici tra gli studiosi. Su « La Scuola positiva » del 1932 un breve articolo di Giulio Paoli dissentiva apertamente dagli argomenti abolizionisti profusi dalla *Relazione* ministeriale. Il penalista fiorentino non credeva affatto ad una obbligata simmetria — non contemplata, d'altronde, dal codice Zanardelli — tra attenuanti e aggravanti. Né gli risultava che, sotto il codice previgente, si fosse radicato un abuso delle generiche « a tutti noto »: anzi, il deprecato ricorso all'equità aveva costituito, in fondo, la ragion d'essere dell'istituto. All'intransigenza del ministro il Paoli opponeva la fiducia

cfr. Ar. Rocco in *LLPP*, IV/2, cit. in nt. 5, vb. 17 (23 marzo 1928), p. 220. Le considerazioni di Arturo Rocco in commissione ministeriale furono riprese quasi alla lettera dal ministro Al. Rocco, *Relazione sul Libro I*, cit. in nt. 6, n. 75, p. 107. Sul tema cfr. SANTORO, *Teoria* (1933), cit. in nt. 13, *Pref.*, pp. VI-VII; ID., *Le circostanze* (1952), cit. in nt. 13, *Pref. alla seconda ed.*, p. VII; R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, Società Editrice "Athenaeum" 1936, *Pref.*, p. VII e ivi, pp. 172-179; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale. Seconda edizione aggiornata e riveduta*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 229. Contro la distinzione *essentialia / accidentalia*, ritenuta aprioristica o troppo dipendente dalla legge, P. MIRTO, *La concezione del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in « Rivista Penale », XLIX (1923), vol. 97, fsc. V (mag.), pp. 424-435 aveva proposto quella tra elementi essenziali e caratterizzanti; su questa teoria cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, p. 457; v. la critica di G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963, p. 59, nt. 92. Per gli schieramenti dottrinali al momento dell'approvazione del c.p. 1930 cfr. ancora MELCHIONDA, *op. cit.*, p. 497.

⁽¹⁵⁾ Sin dalle prime battute del suo studio SANTORO, *Teoria* (1933), cit. in nt. 13, p. 5 inquadrava le circostanze come reazione « alla tipizzazione dei comportamenti ed allo schematismo proprio delle previsioni legislative ». COCURULLO, *Le circostanze*, cit. in nt. 10, p. 4 insisteva sui meriti 'storici' delle circostanze nella trasformazione del penale da vendetta a retribuzione morale, senza considerare i « fini secondari » della prevenzione e della « bonifica umana », perseguiti mediando tra *certezza* e *proporzione*. Cfr. anche ivi, p. 505 (circostanze come « nucleo vitale » e « chiave di volta del problema penale »). L'espressione *bonifica umana* anticipava il titolo di D. GRANDI, *Bonifica umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria*, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia 1941, voll. 2. Su quest'opera cfr. G. NEPPI MODONA, *La pena nel ventennio fascista*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 539.

professata dal Manzini nel 1926 ⁽¹⁶⁾. Paoli non poteva forse presagire che, entrato in vigore il nuovo codice, Manzini avrebbe rettificato la precedente posizione e definito « logica, dato il sistema del progetto », la soppressione delle generiche ⁽¹⁷⁾: esito che, probabilmente, appariva ora al giurista udinese in sintonia non solo con il generale orientamento « legalistico » ma anche con la tipizzazione normativa delle circostanze ⁽¹⁸⁾.

Per rimarcare i perniciosi effetti della scomparsa delle attenuanti generiche sancita dal codice del 1930, Paoli osservava che l'art. 133, da molti indicato come strumento alternativo di adeguamento della pena, non solo risultava inapplicabile alle pene fisse (morte, ergastolo), ma nemmeno copriva situazioni-limite come la *lieve entità* di certi delitti contro la personalità dello Stato o il fanatismo nei delitti politici. Persuaso che « l'estremo rigore » avrebbe nociuto al « magistero punitivo », il giurista toscano invocava il ripristino delle generiche ovvero, in subordine, l'inserimento nell'art. 62 dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 ⁽¹⁹⁾.

Gli specifici timori di Paoli sulla sorte delle pene fisse si rivelarono presto fondati. Nel (vittorioso) ricorso in Cassazione del 1933 avverso la condanna a morte di Olindo Fabbri, emessa dalla corte d'assise di Ravenna, gli avvocati Genuzio Bentini e Gennaro Escobedo sostennero che l'abolizione delle attenuanti discrezionali avesse reso « meno flessibile l'azione del Magistrato nell'adeguare » l'astratta previsione della pena di morte alle effettive responsabilità del reo. Rispetto alle pene fisse, aggiungevano i due legali rifacendosi proprio a Paoli, l'inservibilità *in re ipsa* dell'art. 133 privava gli imputati passibili di morte o di ergastolo del diritto a vedersi

⁽¹⁶⁾ PAOLI, *Per le circostanze attenuanti generiche*, cit. in nt. 3, pp. 538-539; ivi, p. 540 (per il rinvio a MANZINI, *Trattato* [1926], cit. in nt. 2, II, p. 118). Già due anni prima PAOLI, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, p. 295 non aveva lesinato critiche alla disciplina complessiva del codice Rocco sulle circostanze.

⁽¹⁷⁾ MANZINI, *Trattato* (1933), cit. in nt. 5, II, p. 182.

⁽¹⁸⁾ L'osservazione, di carattere generale, proviene da DE VERO, *Circostanze del reato*, cit. in nt. 1, pp. 45-46.

⁽¹⁹⁾ PAOLI, *Per le circostanze attenuanti generiche*, cit. in nt. 3, pp. 542-545 (limiti dell'art. 133); ivi, pp. 546-547 (duplice proposta). Ivi, p. 547 l'A., che si dichiarava mosso da « ragionamento » ma anche da « passione », citava PESSINA, *Relazione*, cit. in nt. 4, p. 71.

valutare la propria personalità, i precedenti, i motivi a delinquere, subendo così un'ingiusta disparità di trattamento ⁽²⁰⁾.

Gli interrogativi sui reali vantaggi della rinuncia alle generiche s'infittirono dopo un decennio di vigenza del codice Rocco. Nel 1940 Baldassarre Cocurullo si chiedeva se non convenisse affidare ad un giudice penale meglio specializzato « il giudizio totalitario sulla gravità del fatto desunta da circostanze predeterminate o pur no dalla legge. Forse l'avvenire [sarebbe stato] per questo ultimo sistema »: prima, però, occorre che il popolo tornasse davvero a identificare nel giudice colui che è chiamato « ad imporre la sua parola e l'opera risanatrice, educatrice, moralizzatrice del magistero penale » ⁽²¹⁾.

Ad analogo esito approdava Pietro Zerboglio in un acuto contributo del 1943 che, per la verità, non riguardava le attenuanti generiche, salvo una breve digressione nella quale si rilevava come i criteri dell'art. 133 potessero « sostanzialmente » considerarsi circostanze « innominate ». L'Autore, per sua stessa ammissione, procedeva « svincolat[o] dalla norma vigente »: il suo scopo era dimostrare che *circostanza* non è un dato ontologico, ma ciò che la legge qualifica tale. La parte più originale del saggio auspicava *de iure condendo* una scissione tra gli elementi « essenziali » del reato e quelli (le circostanze, per l'appunto) da rimettere al concreto « apprezzamento del giudice », strumento idoneo a valutare il delitto « nella sua realtà concreta » in vista d'una effettiva individualizza-

⁽²⁰⁾ G. BENTINI- G. ESCOBEDO, *La pena di morte e la Corte di Cassazione*, in « La Giustizia penale », XXXIX (1933), pt. II, coll. 205 (minore flessibilità); 206-207 (parametri dell'art. 133 e diseguaglianza). In premessa (ivi, col. 205) i due Autori osservavano come le attenuanti comuni individuate dal nuovo codice Rocco fossero « ben lungi dall'esaurire tutto l'arsenale » delle possibili attenuazioni. Nel caso di specie, la Cassazione (*pres.* Aloisi; *rel.* Tellini, *proc. gen.* Tancredi: ivi, col. 272) cassò la pronuncia della corte d'assise di Ravenna e rinviò la causa alla corte d'assise di Bologna. Citando proprio questa sentenza, Pelissero sostiene che l'abolizione delle generiche rientrasse in un più generale disegno di limitazione della discrezionalità del giudice: v. G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, a cura di Luciano Violante, Torino, Einaudi 1997, p. 794.

⁽²¹⁾ COCURULLO, *Le circostanze*, cit. in nt. 10, p. 507.

zione della sanzione ⁽²²⁾. L'ultimo auspicio anticipava quello formulato da Bettiol poco dopo la reintroduzione delle attenuanti generiche: e cioè che esse rendessero « possibile [...] un apprezzamento concreto » della fattispecie e una « giustizia sostanziale », nella convinzione che « la pena veramente retributiva » non riposasse « su valutazioni astratte e aritmetiche » ma scaturisse « da una valutazione complessiva, particolareggiata, concreta della situazione di fatto » ⁽²³⁾.

Nell'articolo del 1943 Zerboglio non si nascondeva che la paura di menomare, per mano dei giudici, le garanzie dei cittadini potesse consigliare di « rinunciare a ricostruire il crimine che gli uomini commettono » e di accontentarsi del « reato che il legislatore descrive ». Ebbene, proprio il ricorso alle circostanze, ad avviso dello studioso, avrebbe potuto scongiurare il rischio: alla legge sarebbe rimasta « la funzione fondamentale di determinare l'illiceità » e di graduare la gravità del reato, « ma entro questi limiti il giudice » avrebbe potuto disporre d'« una larga autonomia » che gli consentisse, in presenza di apposite salvaguardie, di rispondere « all'esigenza, ognor più pressante, di individualizzare reo e delitto » ⁽²⁴⁾.

Dunque nei primi drammatici anni Quaranta le vistose crepe che si andavano aprendo nel legalismo codicistico inducevano a rimeditare le ragioni per le quali ci si era sbarazzati delle attenuanti indefinite. In occasione del decennale (1941) Alfredo De Marsico, nel compiacersi che il codice penale avesse accettato « alcuni postu-

⁽²²⁾ P. ZERBOGLIO, *Appunti intorno ad una teoria delle circostanze e al potere discrezionale del Giudice*, in « Rivista Penale », LXIX (1943), n. 5 (mag.), pp. 342-349 (confutazione della tesi della differenza tra *essentialia* e *accidentalit delicti* e di quella del bene giuridico; opzione per il criterio formale); ivi, p. 367 (art. 133 e circostanze *innominate*; analisi *de iure condendo*); ivi, p. 368 (giustificazione delle circostanze). Ivi, p. 350 l'A. chiariva che la sua teoria non implicava un'accettazione *supina* della volontà del legislatore bensì ne promuoveva la « revisione critica », anche a causa (ivi, p. 368) d'un certo conformismo legislativo. Ivi, pp. 368-369 le obiezioni ricevute e l'illustrazione dei vantaggi della tesi sostenuta. Zerboglio, al pari di Mirto (sintetizza MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, pp. 508-509), lamentava l'appiattimento del legislatore alla tradizione e la rinuncia ad assegnare alle circostanze una funzione precipua.

⁽²³⁾ G. BETTIOL, *Attenuanti generiche ed art. 133 cod. pen.* Nota a Cass., II sez., 28 dicembre 1945, *pres.* De Ficchy, *est.* Misani, *p.m.* Cortesani, *ric.* Calesella, in « Giurisprudenza italiana e La legge », XCVIII (1946), pt. II, coll. 39-40.

⁽²⁴⁾ ZERBOGLIO, *Appunti*, cit. in nt. 22, pp. 369-370.

lati tratti dalle scienze biologiche », consigliava di vincere le ultime « riserve » anzitutto ampliando « il prisma delicatissimo dell'elemento soggettivo ». Egli si domandava se a ciò non giovasse « il ritorno a qualche istituto scomparso: ad esempio, l'eccesso nel fine, per le lesioni; e le circostanze attenuanti generiche ». Con riguardo al secondo esempio, De Marsico non credeva che l'abrogazione delle generiche rispondesse ad un presunto « spirito dei tempi », giacché il recente codice danese le aveva rafforzate sino a « farne motivo possibile di completo proscioglimento ». Piuttosto, egli esortava a riconoscere « serenamente » come nella « realtà quotidiana [...] il magistrato, per giungere ad un adeguamento non solo legale ma giusto della pena al reato, non rifugg[isse] da qualche artificio, che il ripristino delle attenuanti generiche » avrebbe evitato o comunque incanalato nell'alveo normativo. Le generiche, concludeva De Marsico, consentivano una « valutazione psicologica del delitto » affrancata da « schemi e cataloghi rigidi: alla fluidità della materia è bene corrisponda — arbitro prudente un giudice degno — una ben regolata fluidità della legge » (25).

3. *La riesumazione luogotenenziale e le « incredibili applicazioni ».*

Le aspettative dottrinali di cui s'è dato conto resero forse meno inopinata la riapparizione delle attenuanti generiche nell'ordinamento giuridico italiano. È tuttavia innegabile che la reviviscenza costituì anzitutto uno dei primi segnali d'avvio della transizione istituzionale e della volontà delle forze politiche anti-fasciste di azzerare senza indugio le aberrazioni penalistiche del ventennio. In quest'ottica, l'art. 7 del d.l.l. 27 luglio 1944, n. 159 (*Sanzioni contro il fascismo*) reintroduceva, per le varie figure di reato politico contemplate dallo stesso decreto, le « circostanze attenuanti generiche, previste dal Codice penale del 1889 ». La disposizione rimase in vigore per meno di cinquanta giorni, dal momento che la si ritenne tacitamente abrogata dall'art. 2 del d.d.l. 14 settembre 1944, n. 288 (*Provvedimenti relativi alla riforma della legislazione penale*). Quest'ultima norma apriva la breve sequenza di misure con le quali il legislatore luogotenenziale

(25) A. DE MARSICO, *Il primo decennale del codice penale fascista*, in « Annali di diritto e procedura penale », X (1941), n. 12, pp. 860-861.

intendeva *ripristinare* almeno alcuni dei cardini del penale antimarcia: del medesimo ‘pacchetto’ facevano parte la previsione di ipotesi di non punibilità dei reati contro i pubblici ufficiali, l'*exceptio veritatis*, e — sul fronte processuale — la restituzione al giudice del potere d’archiviare, che il c.p.p. del 1930 aveva invece rimesso al pubblico ministero. Ribadendo quanto esposto nella relazione 27 luglio 1944 al decreto abolitivo della pena di morte, il guardasigilli Tupini confermava l’intenzione di cancellare dai codici penali, « una delle più tipiche manifestazioni » del regime, « ogni traccia delle ideologie fasciste »; e di procedere, « in attesa » della liberazione dell’« intero territorio nazionale » dalla « contaminazione del nemico », a poche ma *imprescindibili* modificazioni, in grado di esprimere, « oltre che un nuovo indirizzo legislativo, una netta riaffermazione di quei principi politici e giuridici » presenti nei « codici anteriori » e « recisamente respinti » dalla codificazione del 1930 « per assicurare il dominio di un regime dittatoriale ». La prima « assai importante » novità, rispondente a « supreme esigenze di giustizia », era proprio il *ripristino* delle generiche, che il codice Rocco aveva soppresso interrompendo « una nostra lunga tradizione legislativa » e che ora, per effetto dell’art. 2 del d.l.l., vi rientravano mediante l’inserzione dell’art. 62 *bis*. L’« esperienza », argomentava Tupini, aveva rivelato « nella infinita varietà dei casi concreti » l’esistenza di attenuanti non rientranti tra quelle tassativamente elencate dall’art. 62, eppur meritevoli di una diminuzione della pena anche al di là del minimo edittale: in questi casi, aggiungeva il ministro, « la coscienza del giudice » veniva a trovarsi « in una grave perplessità », e, quand’anche non giungesse all’assoluzione, doveva accontentarsi d’una « sentenza non rispondente ai veri dettami della giustizia, i quali richiedono che la pena sia adeguata il più possibile alla persona del colpevole ed alla gravità del reato ». Lo stesso art. 2 stabiliva altresì che le generiche andavano computate, ai fini del cd. giudizio di bilanciamento, « come una sola circostanza ». Ad ogni modo, la relazione preannunciava che il sistema codicistico delle circostanze attendeva un « accurato esame, anche a scopo di opportuna semplificazione », nel quadro d’una complessiva « riforma penale » ⁽²⁶⁾.

(26) [U. TUPINI, *Relazione al*] D.l.l. 14 settembre 1944, n. 288, *Provvedimenti relativi alla riforma della legislazione penale*, in ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, *Verballi del Consiglio dei Ministri. Luglio 1943 - maggio 1948. Edizione critica*, a cura di Aldo G.

L'impianto delle generiche nel tessuto codicistico del 1930 suscitò prevedibili spaccature. La dottrina più tradizionalista o comunque non distante dal *milieu* dei giuristi che a quella codificazione avevano attivamente cooperato si scagliò contro « l'inopportunità » della « riesumazione », non solo evocando il *tópos* della contrarietà dei 'classici', ma anche mostrando di prediligere tuttora un sistema che aveva scientemente espunto « quel qualche cosa d'indefinibile e imponderabile » pronto a tramutarsi in « gratuito sconto per il delinquente » (27). Per contro, dietro l'art. 62 *bis* balenavano una vaga « facoltà di indulgenza », una sorta di automatico diritto alla decurtazione della pena, un'arma di « giustizia sostanziale » in grado di forzare il « disagio » dei vincoli posti dal « diritto positivo » (28).

Ricci, III. *Governo Bonomi 18 giugno 1944 – 12 dicembre 1944*, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria 1995, vb. 1° settembre 1988, nt. 3, p. 198 (giudizio politico sui codici fascisti e illustrazione dell'art. 2); ivi, p. 199 (bilanciamento e rinvio a una futura riforma). Il guardasigilli richiamava la sua *Relazione* del 27 luglio 1944 al D.l.l. 10 agosto 1944 n. 224, *Abolizione della pena di morte nel Codice penale*, ivi, vb. 28 luglio 1944, nt. 27, p. 94, nella quale aveva definito i codici penali « una delle manifestazioni più tipiche dell'attività legislativa del fascismo » e deplorato lo « sproporzionato inasprimento delle pene »; in quella occasione Tupini aveva altresì ventilato il ritorno ai principi del codice Zanardelli e un « riallacciamento alla nostra più sicura tradizione giuridica ». Sulla tacita abrogazione dell'art. 7 d.l.l. 1944/159 ad opera dell'art. 2 d.d.l. 1944/288 v. A. CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite*, in « Rivista Penale », LXXVII (1952), p. 565.

(27) R. PANNAIN, *Osservazioni. Riforma della legislazione penale*, in « Archivio Penale », I (1945), pt. I, p. 323. L'A. (*ibidem*) reputava infelice la formula « circostanze diverse » adoperata dalla novella: da essa, in particolare, non si arguiva se il giudice potesse pescare anche al di fuori della previsione legislativa. Da Pannain (ivi, p. 324) si apprende che la Corte di Cassazione (II sez. pen., 1° dicembre 1944), con un errore « palmare e macroscopico », aveva escluso — ignorando il criterio della *legge più favorevole* fissato dall'art. 2 c.p. — l'applicazione delle attenuanti generiche ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della novella, sul presupposto che la legge previgente fosse comunque rimasta « inalterata ». Di sentenza « inaudita » parlava anche O. VANNINI, *In materia di circostanze attenuanti generiche*, ivi, pt. I, p. 484; parimenti contrario, pur riconoscendone i vantaggi pratici, G. MARTUSCELLI, *Circostanze attenuanti*, in « Il Massimario penale », I, n. 2 (28 febbraio 1946), pt. I, coll. 44-45.

(28) Critico verso la concezione del 62 *bis* come « una sorta di facoltà di indulgenza » si dichiarava M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene 1959, p. 42. Analogamente, G. BATTAGLINI, *Sulle attenuanti generiche*. Nota a Cass., II sez. pen., 18 marzo 1947, n. 405, *pres.* Giuliano, *rel.* Trasimeni, *p.m.* Berardi, *ric.* Ponsetti, in

In effetti, una rapida scorsa ai massimari attesta una certa propensione dei giudici supremi ad un impiego generosamente 'giustificazionista' delle generiche, anche nei processi che vedevano alla sbarra criminali di guerra. Così la Sezione speciale della Cassazione, il 21 settembre del 1945, censurava la sentenza di merito che aveva negato la concessione del beneficio sulla base del fatto che l'imputato, macchiatosi di gravi delitti contro partigiani, si fosse « dimostrato al dibattimento cinico ed impassibile anche di fronte alle disperate invocazioni di donne in gramaglie »: la condotta del colpevole, obiettava comprensiva la Suprema Corte, andava valutata tenendo conto che questi aveva a sua volta perduto due fratelli in un'imboscata ⁽²⁹⁾. Meno di due anni dopo, in un processo per collaborazionismo, la Cassazione reputava inesatto « criterio giuridico » il non tener conto « del bene in alcuni casi compiuto » come attenuante generica del 'male' commesso ⁽³⁰⁾. Va altresì osservato, a riprova d'un atteggiamento di complessiva benevolenza, che la giurisprudenza, dopo un'iniziale incertezza, si orientò nel senso di ritenere le generiche, in quanto circostanze *comuni*, potenzialmente compatibili con qualsiasi reato, inclusi quelli più efferati o disdicevoli ⁽³¹⁾.

« Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione ». *Sezioni Penali - Anno 1947, I semestre*, sr. II (speciale), vol. XXVII, p. 44 aveva considerato inaccettabile l'impiego delle generiche come « una specie di sconto sulla pena » da concedere « in ogni caso » ovvero (ivi, p. 45) come strumento per forzare il « diritto positivo ».

⁽²⁹⁾ Cass. pen., Sez. spec., 21 settembre 1945, *ric. Berti*, in *Repertorio generale annuale della Giurisprudenza Italiana* [...]. *Appendice ai volumi XCVI-XCIX del periodico Giurisprudenza Italiana*, XLVI-XLIX (1° gennaio 1944 – 30 giugno 1947), n. 157, col. 410. Cfr. anche Cass. pen., 18 febbraio 1946, *ric. Soria e Corno*, ivi, n. 160, col. 410 quanto al difetto di motivazione d'una sentenza che aveva trascurato di considerare lo « stato d'animo » del reo al momento del delitto.

⁽³⁰⁾ Cass. pen., 12 marzo 1947, *ric. Mazzotti*, in *Repertorio generale annuale della Giurisprudenza Italiana* [...]. *Appendice ai volumi XCIX-C del periodico Giurisprudenza Italiana*, XLIX-L (1° luglio 1947 – 31 dicembre 1948), n. 149, col. 398. La « ferocia di tempi e di uomini », aggiungeva la Suprema Corte (ivi, n. 149 *bis*), non inibiva la concessione di attenuanti generiche giacché « l'aver commesso il fatto per impulsi ambientali o per cause contingenti [era] indice di minore capacità a delinquere ».

⁽³¹⁾ CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 580; MIRTO, *L'art. 62 bis* (1954), cit. in nt. 3, p. 458. La Cassazione, dopo aver escluso l'applicabilità delle generiche al meretricio (sent. 20 giugno 1949, *ric. Rinaldi*; tesi nella

Dinanzi alle « incredibili applicazioni » dell'istituto, così dilatato da lasciar supporre che non vi fosse processo « per il quale, volendo », non vi si potesse ricorrere ⁽³²⁾, voci autorevoli denunciavano il fraintendimento della legge, non giustificato dalla pur comprensibile esigenza dei giudici di attingere a « motivi metagiuridici, che imperiosamente » premevano sulla loro coscienza. Altri studiosi segnalavano l'improprietà dell'aggettivo *generiche* (non adoperato, peraltro, dal decreto luogotenenziale, e inserito in rubrica solo a séguito dell'art. 1 l. 5 dicembre 2005, n. 251), dal momento che ogni applicazione del 62 *bis* al caso concreto implicava comunque una *specificazione* dell'attenuante ⁽³³⁾.

Anche il grado della suddetta *specificazione* lasciava spesso a desiderare. Si riteneva del tutto insufficiente una motivazione del beneficio sorretta da vaghi riferimenti all'indulgenza, alla clemenza o al *favor rei*; o quella che facesse leva sul 62 *bis* per giungere addirittura « ad un implicito disconoscimento » di leggi ritenute

quale MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 44 avrebbe più tardi visto incarnarsi « un vago concetto di equità estremamente soggettiva »), nel 1952 mutava indirizzo: condividendo appieno tale ultimo orientamento, G. FOSCHINI, *Attenuanti generiche e reati specifici*. Nota a Cass., III sez. pen., 12 gennaio 1952, pres. Fornari, rel. Noccioi, p.m. Granata, ric. Pace, in « Rivista italiana di diritto penale », LXXVII (1952), pp. 268-269 aggiungeva che l'aprioristica esclusione di alcuni reati dall'applicazione delle generiche avrebbe comportato non solo un'ingiustificata disparità tra delitti, ma anche un'indebita *specificazione* su basi etiche.

⁽³²⁾ G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Bari, Cressati 1958, p. 112.

⁽³³⁾ Rispettiv. G. BATTAGLINI, *Sulle attenuanti generiche* (1947), cit. in nt. 28, pp. 44-45 (ingiustificato il richiamo a « motivi metagiuridici » imperiosi); Ernesto BATTAGLINI, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche*. Nota a Cass., I sez. pen., 12 gennaio 1949, pres. Volpe, rel. Giannantonio, p.m. Granata, ric. Palombo ed altri, in « La Giustizia penale », LIV (1949), pt. II, col. 808 (« impropria [...] la denominazione di attenuanti generiche », del resto « non contenuta » nel d.l. del 1944); CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 567 (le circostanze di cui all'art. 62 *bis* andavano considerate « specifiche e non generiche »); ivi, p. 568 (preferenza per gli aggettivi *indefinite* o *innominate*); FOSCHINI, *Attenuanti generiche* (1952), cit. in nt. 31, pp. 268-269 (preferenza per *innominate*). Per F. CORDERO, *Circostanze « generiche » e termine di prescrizione*. Nota a Trib. Roma, 8 febbraio 1958 (pres. Semeraro, imp. Gallo, Valenti ed altri), in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », n.s. I (1958), p. 828 le attenuanti « *innominate* » non andavano considerate meno « specifiche » di quelle tipizzate.

troppo aspre sotto il profilo sanzionatorio ⁽³⁴⁾: una deriva, quest'ultima, ascrivibile a quelle manifestazioni ideologiche di « pura equità soggettiva » stigmatizzate da Bricola ⁽³⁵⁾.

4. *L'impotenza del legalismo.*

Se i detrattori temevano che la riforma del 1944 generasse un'ondata di *indulgenze* e scatenasse l'arbitrio giurisprudenziale, i

⁽³⁴⁾ Rispettiv. E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 808 (insufficienza del richiamo alla vaga indulgenza); CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 566 (« il più generico dei casi », vale a dire l'impiego, dall'A. ritenuto legittimo purché corredato da idonea specificazione, del 62 bis per disconoscere la legge troppo aspra). Sprezzante circa l'ultima ipotesi il giudizio di MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, p. 457: affermare che le generiche potessero concedersi « per mitigare l'asprezza della pena » o « perché l'imputato è incensurato » significava « dire cosa che non ha giuridicamente senso », non trattandosi, in nessuno dei due casi, di « circostanza vera e propria ». Sull'estraneità dei « buoni precedenti » penali alle circostanze « in senso tecnico-giuridico » si era già espresso E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 807; le oscillanti sentenze della Cassazione sul tema sono riassunte da G. DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche. Aspetti giurisprudenziali*, in *Studi in onore di Ernesto Eula, primo presidente della Corte Suprema di Cassazione, nel suo XLV anno di funzioni giudiziarie*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 368-369; la questione è ora restrittivamente risolta dalla novella del 2008, su cui v. M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », LIII, fsc. 1 (gen.-mar. 2010), pp. 198-202. Per l'obbligo del giudice di specificare in motivazione l'incidenza dell'attenuante generica sul caso concreto v. già Cass., I sez. pen., 12 marzo 1947, *pres. Caruso, est. Petrucci, p.m. Foà, ric. Salvoni e Pizzella*, in « Giurisprudenza italiana e La legge », XCIX (1947), pt. II, coll. 161 e 165-166 (e l'apprezzamento di E. BATTAGLINI, *Osservazioni sulle circostanze attenuanti generiche*. Nota a Cass. 12 marzo 1947 [cit. *supra* in questa nt.], ivi, col. 167). Secondo G. FOSCHINI, *Attenuanti generiche e loro necessaria specificazione*. Nota a Cass., II sez. pen., 6 febbraio 1952, *pres. Pannullo, rel. Ricciardelli, p.m. Reviglio, ric. Antonucci*, in « Rivista italiana di diritto penale », LXXVII (1952), pp. 414-415, solo dopo la « specificazione » il giudice avrebbe dovuto valutare la compatibilità tra la generica e uno dei criteri di misurazione della pena sanciti dall'art. 133: ad es., la reiterazione del delitto appariva incompatibile con l'attenuante della buona condotta, ma non con quella di eventuali benemerienze del reo.

⁽³⁵⁾ Di « pura equità soggettiva » che si scatenava nel campo delle attenuanti generiche parlava F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè 1965, p. 18, a cui parere simili atteggiamenti tradivano « una presa di posizione ideologica negativa » del giudice su una legge incriminatrice.

fautori presentavano specularmente il provvedimento come meritoria e non eversiva correzione di rotta rispetto alle opzioni di fondo del codice. Era stato « invero assai strano » e gravemente contraddittorio — rifletteva Bettiol nel 1946 — che il legislatore fascista, « tutto proteso verso la individuazione della sanzione, avesse voluto radiare le circostanze attenuanti generiche » ⁽³⁶⁾. Con analogo spirito *prima facie* continuista, nel 1947 una nota a sentenza dell'avvocato Emilio Furnò salutava nella reintroduzione delle attenuanti indefinite il ritorno dell'equità. Quest'ultima, relegata dal testo codicistico originario come la « più modesta ed incapace delle sue ancelle », rientrava ora in gioco senza però procurare « insanabil[i] frattur[e] » né *sovversioni*, giacché — come aveva insegnato Maggiore sin dal 1923 — altro non era se non « adeguazione dell'astrattezza logica del diritto alla concretezza storica della vita ». L'« azione equitativa » delle generiche, insisteva Furnò, influiva solo indirettamente sui « princípi fondamentali del codice [...], ammorbid[endo] il puro legalismo di cui parla il Maggiore ». Subito dopo, tuttavia, lo studioso invitava francamente i lettori a tener conto dell'« ansia diffusa di nuove riforme », la quale segnava « una frattura tra la nuova coscienza politica ed il sistema del vigente c.p. » ⁽³⁷⁾.

I due motivi dell'*individuazione* e dell'*equità* si fusero nel « plauso incondizionato » espresso nel 1949 alla riforma luogotenenziale da Giuseppe Maggiore. « Non c'è chi non vegga », osservava il giurista palermitano, come « le ragioni allegate dal legislatore » fascista per scartare le generiche, e cioè l'idiosincrasia verso l'arbitrio

⁽³⁶⁾ BETTIOL, *Attenuanti generiche*, cit. in nt. 23, col. 39. D'accordo con la *ratio* individualizzante alla base del ripristino delle generiche si dichiarava, nel 1947, il sostituto p.g. della Cassazione E. BATTAGLINI, *Osservazioni*, cit. in nt. 34, col. 166. Così anche CONTENTO, *Introduzione* (1958), cit. in nt. 32, p. 111. Nel 1949 la Corte di Cassazione affermava incidentalmente che il decreto luogotenenziale del 1944 aveva mirato a « consentire al giudice una migliore adeguazione della pena al caso concreto »: Cass., I sez. pen., 12 gennaio 1949, cit. in nt. 33, col. 811.

⁽³⁷⁾ E. FURNÒ, *Ancora in tema di circostanze attenuanti generiche*. Nota a Cass., II sez. pen., 18 marzo 1947, n. 405 [cit. in nt. 28], in « Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione ». *Sezioni Penali - Anno 1947, I semestre*, sr. II (speciale), vol. XXVII, pp. 46-47. All'equità, secondo l'A. (ivi, p. 46), il c.p. vigente riservava « un ben modesto diritto di cittadinanza », salvo che nell'art. 133. Furnò rinviava a G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », III (1923), fsc. 3, p. 263.

giudiziario, avessero « tutta l'aria di un sofisma pigro », peraltro smentito dalla previsione codicistica del bilanciamento. « D'altra parte sarebbe una bella arroganza il pretendere di aver dato fondo, nella catalogazione » dell'art. 62, « alle infinite contingenze che accompagnano un reato, non prevedibili né definibili *a priori*, e che pur s'impongono al sentimento di giustizia di ogni uomo! » e ad ogni « vigile ed ombratile coscienza etica. Tale è il magistrato inteso, secondo l'immagine aristotelica, come il "giusto vivente" ». Al fine di dissipare i ciclici allarmi per la legalità ferita « a morte » e per la pena indeterminata Maggiore rammentava che le « circostanze innominate » costituivano « uno strumento, forse l'unico, efficace, d'*individuazione* e di *personalizzazione* della pena, il mezzo più umano di adeguare il diritto alla giustizia. Esso rappresenta il trionfo dell'equità sulla legalità, al quale deve tendere ogni ordinamento penale fondato su basi etiche » ⁽³⁸⁾.

Meno enfatica riguardo alla portata meta-legale delle attenuanti generiche, la monografia di Michele Massa del 1959 tentava di svincolarsi dalla contraddizione tra un sistema codicistico chiuso e le sirene dell'indulgenza o della « valutazione pietistica ». L'Autore proponeva di considerare il 62 *bis* un'« apertura », e precisamente il « riconoscimento da parte del diritto positivo della impossibilità di prevedere in anticipo nella forma di legge » le infinite circostanze, legate « alla concretezza del caso », rivelatrici di « valore attenuante » ⁽³⁹⁾. In virtù delle generiche, avrebbe ripetuto adesivamente Bricola, « l'indirizzo legalistico » denunciava « la propria

⁽³⁸⁾ G. MAGGIORE, *Diritto penale. Volume I: parte generale (Art. 1 - Art. 240). Tomo secondo*, 5^a edizione accresciuta e aggiornata, Bologna, Zanichelli, 1949, pp. 530 (la storia offriva sul tema « lo spettacolo di una continua altalena ») e 532. L'A. (ivi, p. 533) respingeva il timore che il potere del giudice — comunque obbligato a motivare la concessione delle generiche almeno in termini di equità — si trasformasse « in un frammento anarchico del diritto di grazia riservato al sovrano ». Trattandosi (ivi, p. 534) di « valutazione squisitamente morale » rimessa alla « coscienza del giudice », le circostanze attenuanti generiche sfuggivano, per Maggiore, a qualsiasi classificazione dogmatica; avevano carattere « personalissimo »; giustificavano una riduzione della pena al di sotto del minimo edittale.

⁽³⁹⁾ MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, pp. 14 (contraddizione tra legalismo e indulgenza), 15 (imprevedibilità delle circostanze).

impotenza a sostenere appieno il ruolo delle circostanze che è, appunto, di *mediazione* » tra fattispecie astratta e caso concreto ⁽⁴⁰⁾.

Non a caso, Massa trovava un autorevole appiglio nel Carnelutti che nel 1935, smontando il divieto di interpretazione analogica delle leggi penali (art. 4 pre-leggi al c.c. 1865), aveva definito il processo penale « la fucina nella quale la equità diventa diritto ». Il Maestro veneziano aveva colto l'acme di questo fenomeno nel potere giudiziale di determinazione della pena tra un massimo e un minimo, vera e propria « cambiale in bianco che il legislatore trae sull'imputato a favore del giudice » nonché plateale smentita del *nulla poena sine lege*. Di fronte ad un legislatore lanciato in una « folle corsa dietro la Fata Morgana » d'una casistica « disperante e ridicola », Carnelutti si era chiesto perché non consentire al giudice di agire mediante equità sul *semilavorato* della legge non solo nella determinazione della pena, come già previsto, ma anche nella costruzione del precetto ⁽⁴¹⁾. Alla medesima « constatazione » d'un diritto penale non integralmente *legale* giungeva Massa dopo la riforma del 1944, riprova — a suo parere — di come fosse ormai « la legge stessa, per quanto possa sembrare strano », a impedire una visione « del diritto in termini di legalismo » ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1964, pp. 1019-1073, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*. Presentazione di G. Ghezzi. Introduzione di C. Pedrazzi. A cura di Stefano Canestrari e Alessandro Melchionda. Volume I. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Tomo I. Dal 1960 al 1973, Milano, Giuffrè, 1997, p. 310; ivi, p. 309 l'A. definiva « felice caratterizzazione » il volume di Massa. Critico verso le considerazioni di Bricola sulla discrezionalità nelle generiche si dichiarava A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, Morano, 1965, pp. 68-69, 83.

⁽⁴¹⁾ F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in « Rivista di diritto processuale civile », XII (1935), pt. I, pp. 114-115 (processo come fucina di equità); ivi, pp. 118-120 (« folle corsa » e casistica); ivi, p. 119 (semilavorato). Il primo punto era citato adesivamente da MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 106.

⁽⁴²⁾ MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 106. Massa traeva da MAGGIORE, *L'equità*, cit. in nt. 37, p. 265 l'idea dell'equità come « vera positività del diritto », nient'affatto alternativa al diritto positivo.

5. *Spazi discrezionali e obblighi di motivazione.*

Individualizzazione della pena, rifiuto del legalismo, corrispettivo recupero della dimensione equitativa: le attenuanti generiche partecipavano, e non dalle retrovie, allo smantellamento post-bellico del positivismo penale.

Già prima della riforma luogotenenziale, invero, il tema delle circostanze si era insinuato negli equilibri tra giustizia legale e giustizia giurisprudenziale; tra volontà politica del legislatore e discrezionalità tecnica del giudice. La monografia di Girolamo Bellavista sulla discrezionalità del magistrato penale, apparsa nel 1939, aveva osservato come la sempre più sentita esigenza di « individuazione penale » dovesse « necessariamente disincagliarsi dal momento legislativo per rifugiarsi nella fase giudiziaria, affidandosi al potere discrezionale del giudice ». A questa funzione rispondeva appieno, ad avviso del giurista siciliano, il meccanismo delle circostanze: queste infatti, sebbene apparentemente limitative dei poteri del magistrato che aveva l'obbligo di applicarle, denotavano in sede di bilanciamento la « superiorità della individuazione giudiziaria sulla legislativa » ⁽⁴³⁾.

La novella del 1944 ridestò l'interesse della letteratura penalistica per le possibili connessioni tra attenuanti generiche e discrezionalità ⁽⁴⁴⁾. Peraltro, all'entusiasmo dei Furnò e dei Maggiore, alle

⁽⁴³⁾ G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Milano, Fratelli Bocca, 1939, pp. 42-43.

⁽⁴⁴⁾ Per S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo s.d. (ma 1947), p. 121 la discrezionalità del giudice penale, *anche* nell'ambito delle attenuanti generiche, agiva sulla *determinazione* degli elementi elastici della fattispecie legale, e solo indirettamente sulla pena (v. ad es. *ivi*, p. 100). Sulla monografia del Messina v. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. in nt. 35, pp. 33-43; con riguardo non esclusivo al Messina, MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, pp. 28-35 disapprovava la trasposizione nel penale, intrapresa sin dalla fine degli anni Trenta, di concetti propri di altri settori, primo tra tutti il diritto amministrativo (su quest'ultimo aspetto v. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale* [1939], cit. in nt. 43, p. 21). Basandosi sugli studi di Massa e dunque proprio in tema di attenuanti generiche, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. in nt. 35, p. 102 definiva la discrezionalità penale « una forma di "equità", ovvero un "giudizio del caso concreto" ». Critico LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit. in nt. 40, pp. 68-69, il quale (*ivi*, p. 60) contestava a Bricola la concezione unitaria di discrezionalità. Per una messa a punto della discrezionalità del giudice penale con

letture 'progressiste' di Massa e di Bricola si accompagnarono inviti alla cautela. Per Cordero il riconoscimento giudiziale di una circostanza generica non avrebbe potuto tradursi in apprezzamenti *esorbitanti* o « peggio » *divergenti* « dai criteri valutativi [...] in qualche modo rintracciabil[i] nell'ordinamento », né tanto meno in una *improvvisata*, « personale politica di repressione criminale » condotta dal magistrato ⁽⁴⁵⁾. Anche chi credeva che il 62 *bis* autorizzasse il giudice a svolgere una « vera e propria attività di interpretazione della legge » raccomandava di esercitare il conseguente potere discrezionale entro i canoni di controllabilità del « procedimento mentale » ⁽⁴⁶⁾.

particolare riguardo alle circostanze v. A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 191. Il saggio di E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985 dedicava adeguata attenzione alle circostanze (v. ad es. p. 264), soffermandosi in particolare sulle generiche (ivi, pp. 297-298); l'A. (ivi, p. 265) registrava la recente « frantumazione » del concetto unitario di discrezionalità. Cfr. anche E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, spec. pp. 764-765. BASILE, *L'enorme potere*, cit. in nt. 12, pp. 1755-1756 ha di recente lamentato i perduranti eccessi della discrezionalità nell'applicazione delle circostanze e in particolare (ivi, pp. 1757-1758) l'« enorme varco » delle attenuanti generiche, « le più indefinite tra le attenuanti indefinite »; ivi, p. 1766 l'indicazione delle cause risalenti al 1930 del fallimento della disciplina codicistica.

⁽⁴⁵⁾ CORDERO, *Circostanze « generiche »* (1958), cit. in nt. 33, pp. 827-828. Già BELLAVISTA, *Il potere discrezionale* (1939), cit. in nt. 43, pp. 33-36 aveva concepito l'« applicazione giudiziale della pena [...] attività discrezionale *sui generis* », ossia « regolata e controllata ». Per A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 98 la discrezionalità nel campo delle circostanze era solo « apparente », non potendo giammai tradursi in « libera "facoltà" od "arbitrio" del giudice ». Sulle teorie della discrezionalità *vincolata* v. DOLCINI, *Discrezionalità*, cit. in nt. 44, pp. 268-269.

⁽⁴⁶⁾ LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit. in nt. 40, p. 20. Ad avviso di questo A. (ivi, p. 108) il giudice, nell'applicare le generiche, opera come un legislatore, ma all'inverso, giacché « la norma ch'egli pone viene formulata per regolare solo un singolo caso, pur contenendo in sé un principio di validità generale », mentre la legge è formulata con riguardo ad una « generalità di casi » pur applicandosi soltanto per il tramite della « decisione giudiziale ». Per Latagliata (ivi, p. 114) la peculiarità delle generiche risiedeva solo nel minor tasso di tipicizzazione, che consentiva una « limitata etero-integrazione del sistema normativo »; comune alle altre circostanze era la funzione « di concretizzazione del diritto ». La posizione di Latagliata è considerata da DOLCINI,

Tale controllo si realizzava essenzialmente attraverso la motivazione della sentenza. Sotto la vigenza del codice Zanardelli, nel 1926, Manzini aveva escluso, « in via di massima », l'obbligo di motivare la negazione o la concessione delle generiche, sul presupposto che si trattasse d'una « facoltà equitativa ». A suo parere tuttavia, di fronte ad una richiesta della difesa, il giudice sarebbe stato tenuto ad indicare in sentenza « non già » le « ragioni specifiche » dell'eventuale diniego, « bensì i motivi generici per cui fu indotto a respingere la domanda, dimostrando con ciò d'averla tenuta presente »: in tal senso era schierata una « forte giurisprudenza » ⁽⁴⁷⁾.

La questione si ripropose a séguito della riforma luogotenenziale. Una parte della dottrina, sin dal 1945, battezzò *facoltative* quelle circostanze generiche che il giudice era legittimato a non applicare ⁽⁴⁸⁾. Su questa strada Vannini si spinse alquanto in là, e teorizzò che altro fosse valutare l'*esistenza* della generica, altro soppesare l'*opportunità* di diminuire effettivamente la pena: il secondo apprezzamento non sarebbe stato censurabile in Cassazione, salvo il caso in cui il magistrato non avesse « tenuto presente » una generica segnalatagli dal difensore ⁽⁴⁹⁾.

Discrezionalità, cit. in nt. 44, p. 267 espressione della teoria della *discrezionalità libera*, concetto prossimo all'arbitrio.

⁽⁴⁷⁾ MANZINI, *Trattato*, cit. in nt. 2, II, p. 123.

⁽⁴⁸⁾ Lo spunto di VANNINI, *In materia di circostanze* (1945), cit. in nt. 27, pp. 481-482 fu ripreso da R. MANGINI, *In tema di circostanze attenuanti generiche*. Nota a Cass., II sez., 18 marzo 1947, n. 405 [cit. in nt. 28], in « La Giustizia penale », LII (1947), pt. II, col. 526 (circostanze che *possono* non applicarsi); ANTOLISEI, *Manuale* (1949), cit. in nt. 14, p. 241 (per il quale il giudice aveva « la facoltà e non l'obbligo » di concedere il beneficio, definibile perciò *facoltativo*, ma era tenuto, se richiesto, ad esporre i motivi dell'eventuale diniego); E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 810 (« carattere facoltativo » delle generiche). Secondo MARTUSCELLI, *Circostanze attenuanti* (1946), cit. in nt. 27, col. 46, invece, non v'era più ragione di « mantenere carattere facoltativo » alle generiche, e anzi era auspicabile sia obbligare a motivare il rigetto dell'eventuale istanza difensiva sia precisare in via legislativa i criteri di concessione.

⁽⁴⁹⁾ VANNINI, *In materia di circostanze* (1945), cit. in nt. 27, pp. 481-482. Sulla stessa posizione CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 582. Per MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, pp. 455-456, poiché il d.l.l. 1944/288 conferiva al giudice la facoltà di ridurre la pena soltanto in presenza di attenuanti generiche che egli ritenesse *tali da giustificare* la diminuzione, l'obbligo di motivare l'uso di tale discrezionalità scattava soltanto nel caso di concessione delle generiche, mentre analogo dovere

La tesi vanniniana della discrezionalità « bifasica » sollevò sconcerto. Prima che un giovane Cordero (allora libero docente alla Cattolica) la dileggiasse come « arieggiante un'estremistica posizione di "diritto libero" » ⁽⁵⁰⁾, Mangini, presidente di sezione della Suprema Corte, la reputò « assurda » perché alimentava il « mero arbitrio » ovvero ragionamenti illogici. Secondo Mangini la Cassazione, se in effetti nulla poteva allorché il giudice di merito non avesse rilevato alcuna attenuante generica né ne fosse stato richiesto, avrebbe invece *dovuto* « intervenire » tanto sulla motivazione che avesse omesso di considerare un'attenuante regolarmente richiesta, quanto — indipendentemente dall'istanza di parte — su una motivazione logicamente o giuridicamente viziata. Certo, ammetteva Mangini, restava una differenza tra attenuanti specifiche, che ove accertate *dovevano* applicarsi; e generiche, che *potevano* non applicarsi: e tuttavia quest'ultima disapplicazione andava « congruamente motivata » ⁽⁵¹⁾. Parimenti in replica al Vannini, Ernesto Battaglini desumeva dalla giurisprudenza più recente un ormai chiaro « obbligo di motivare » sia la concessione sia il diniego delle attenuanti generiche, anche a prescindere dalla richiesta della difesa: in tal modo le generiche non sarebbero più apparse « un frammento del diritto di grazia » e la discrezionalità si sarebbe assottigliata, in attesa di eliminarla del tutto dalla legge ⁽⁵²⁾.

non sussisteva in caso di « non concessione, per la ragione ovvia che non vi è nulla da giustificare ».

⁽⁵⁰⁾ CORDERO, *Circostanze « generiche »* (1958), cit. in nt. 33, p. 825, nt. 4.

⁽⁵¹⁾ MANGINI, *In tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 48, coll. 526-527. Anche per E. BATTAGLINI, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 809 la Cassazione avrebbe potuto annullare per difetto di motivazione la sentenza che avesse tralasciato la richiesta della parte di vedersi accordate le generiche. Ricalcata su Mangini la posizione di DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1957), cit. in nt. 34, pp. 360 e 366. Critici riguardo alla possibilità, prefigurata da Vannini, di non applicare un'attenuante generica pur riconosciuta esistente A. GRIECO, *Le circostanze attenuanti generiche con speciale riferimento agli stati emotivi o passionali*. Nota a Corte d'assise Napoli, 28 marzo 1950, *pres. Fellicò, est. Grieco, p.m. D'Errico, imp. Maietto-Esposito*, in « La Giustizia penale », LV (1950), pt. II, col. 1026-1028; MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 113; BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit. in nt. 40, p. 310 (ove la tesi di Vannini veniva indicata come discrezionalità « bifasica »).

⁽⁵²⁾ E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit. in nt. 34, col. 167, con riferimento, da ultimo, a Cass., I sez. pen., 12 marzo 1947. L'espressione « frammento del diritto della

Per Mangini la mancata concessione del beneficio sfuggiva al sindacato della Cassazione solo allorché si fosse risolta « in apprezzamento di fatto ». Esattamente del medesimo avviso, Battaglini, a dispetto d'una giurisprudenza difforme, riteneva perfettamente legittima (e dunque non cassabile dai giudici supremi) la sentenza che avesse motivato la mancata applicazione del 62 *bis* sul presupposto che l'imputato si era mostrato « scaltro », « pericoloso », « indurito », « scorretto », « sprezzante » in udienza o « inumano » verso le parti lese o feroce ⁽⁵³⁾.

Quanto al presunto requisito dell'istanza di parte, un benevolo orientamento della Cassazione lo riteneva implicito nella formula di stile con la quale ci si appellava alla clemenza della corte ⁽⁵⁴⁾. Nel 1952 Casalnuovo, fedele all'impostazione 'bifasica' del Vannini, ancora credeva che il giudice non avesse alcun dovere di valutare *ex officio* la sussistenza delle generiche e tanto meno, perciò, di motivarne il diniego. Dalla sponda opposta Cordero, qualche anno dopo, avrebbe irriso la pretesa di subordinare ad un'istanza del giudicabile l'obbligo di motivare: « nemmeno il più spregiudicato degli iconoclasti », osservava lo studioso torinese, avrebbe osato introdurre nella scienza processual-penalistica i concetti di « onere formale di allegazione » o di « potere d'eccezione sostanziale dell'imputato » ⁽⁵⁵⁾.

grazia sovrana » era tratta da B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità [...]*. Volume terzo, Torino, Fratelli Bocca 1899, p. 445.

⁽⁵³⁾ Rispettiv. MANGINI, *In tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 48, col. 527; E. BATTAGLINI, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 810.

⁽⁵⁴⁾ Cass. pen., Sez. spec., 3 agosto 1945, *ric. Monero e aa.*, in *Repertorio generale annuale*, XLVI-XLIX, cit. in nt. 29, n. 176, col. 412. La Suprema Corte opinò che la richiesta intendesse implicitamente sottrarre l'imputato alla pena capitale pretesa dal p.m.; e definì nulla per difetto di motivazione la sentenza che non si fosse pronunciata sulla domanda della difesa. Di quest'ultimo avviso era anche E. BATTAGLINI, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 809. Da notare che nel processo Calesella (Cass., II sez. pen., 28 dicembre 1945, *pres. De Ficchy, est. Misani, p.m. Cortesani, ric. Calesella*, in « Giurisprudenza italiana e La legge », XCVIII [1946], pt. II, col. 42) la Cassazione ritenne eccezionalmente, in ragione della gravità della condanna, fondato motivo di ricorso il fatto che i giudici di merito non avessero preso in considerazione la possibilità di concedere le generiche pur in assenza di richiesta di parte.

⁽⁵⁵⁾ Rispettiv. CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 588; CORDERO, *Circostanze « generiche »* (1958), cit. in nt. 33, pp. 829-830.

6. *Il « polmone » dell'art. 133, « riserva di certezza ».*

L'art. 133 c.p., scrigno degli indici di commisurazione della pena, è considerato sintomatico del precipuo « impegno » del codice penale nell'incanalare la discrezionalità del giudice, tanto da prestarsi all'estensione analogica e da assurgere a *trait d'union* tra valutazione legale e valutazione giurisprudenziale ogni qualvolta sussistano margini di scelta discrezionale ⁽⁵⁶⁾. Era quindi pressoché inevitabile che la giurisprudenza « quasi senza eccezioni » se ne servisse per « ancorare » a « criteri di sicurezza » anche le attenuanti generiche ⁽⁵⁷⁾, sebbene non mancasse chi realisticamente attribuiva all'articolo, « vanto dei teorici », un « valore più ostentativo che effettivo », posto che la quantificazione della pena restava per lo più in balia dell'« intuizionismo » del giudice ⁽⁵⁸⁾.

Con sentenza 28 dicembre 1945 la II sezione della Cassazione, presieduta da Vincenzo De Ficchy, individuò nell'art. 133, in quanto contenente gli elementi essenziali ad « adeguare la pena al fatto commesso », il criterio-guida per la concessione delle generiche. La massima fu enunciata nel processo a Italo Calesella. Questi era stato condannato a morte dalla corte d'assise straordinaria di Como per « collaborazione militare col tedesco invasore ». La Sezione speciale della Cassazione di Milano aveva annullato la condanna, sul presupposto che il collegio comasco avesse negato le attenuanti generiche basandosi soltanto sull'« efferatezza dei misfatti », dunque senza

⁽⁵⁶⁾ DOLCINI, *Discrezionalità*, cit. in nt. 44, p. 269.

⁽⁵⁷⁾ Così MASSA, *Le attenuanti generiche* (1959), cit. in nt. 28, pp. 24-25, riprendendo uno spunto di BETTIOL, *Attenuanti generiche* (1946), cit. in nt. 23, col. 41. L'indirizzo giurisprudenziale proseguì per circa un trentennio: G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra « tipicità classificatoria » e « tipologia ordinale »*, Padova, Cedam 2009, p. 17, nt. 34. Le novelle del 2005 e 2008 hanno segnato « una schiarita » nei rapporti tra artt. 133 e 62 *bis*: così CAPUTO, *Le circostanze*, cit. in nt. 34, p. 208.

⁽⁵⁸⁾ G. FOSCHINI, *Attenuanti generiche, pena base e motivazione*. Nota a Cass., III sez. pen., 15 aprile 1952, *pres. Berardi, rel. Noccioli, p.m. Colli, ric. Consoli*, in « Rivista italiana di diritto penale », LXXVII (1952), p. 553. L'A. osservava che, se paragonata alla questione della responsabilità dell'imputato, la commisurazione della pena restava molto più incontrollata, giacché veniva rimessa ad « una specie di intuizionismo [...] tacitamente consentito » al giudice: questi, « inconfessatamente », dapprima stabiliva la pena che *sentiva* giusta (« giustizia... a sentimento »), quindi la motivava « con un successivo gioco delle circostanze » e con i criteri dell'art. 133 c.p.

tener conto della personalità dell'imputato né della sua « opera solerte ed efficace per salvare detenuti politici ed aiutare patrioti ». La corte d'assise straordinaria di Varese, giudice di rinvio, il 24 ottobre del 1945 aveva confermato la sanzione capitale. Il Calesella si era nuovamente rivolto alla Cassazione lamentando l'improprio utilizzo dell'art. 133 ai fini della decisione sulla concessione delle generiche. I giudici supremi rigettarono il ricorso, ritenendo sostanzialmente corretta, da parte della corte varesina, l'individuazione dei criteri: avevano dunque giustamente nociuto al Calesella le effertezze da lui commesse nella guerra partigiana e le azioni a favore di « patrioti per precostituirsi una specie di alibi morale nella eventualità del crollo dei nazi-fascisti »; addebiti contro i quali non giovò l'argomento, addotto dal difensore in sede di discussione orale, secondo cui l'imputato aveva agito sull'onda dell'« età ardente dei vent'anni, quando la mente lavora e l'anima galoppa e tutte le utopie anche le più malsane possono far presa » ⁽⁵⁹⁾.

La pronuncia riscosse il pieno consenso di Giuseppe Bettiol. Nell'annotarla il professore padovano osservò che la discrezionalità del giudice non era « assoluta e libera da ogni vincolo », bensì orientata dai criteri dell'art. 133. Questo poteva « ben dirsi il “polmone” della legislazione penale » giacché filtrava nel sistema « l'obbligo di una vera retribuzione e la possibilità di individuazione di ogni provvedimento », anche rispetto agli elementi che sfuggivano ad « una rigorosa e precisa determinazione e classificazione ». Bettiol pronosticava che, quantunque le generiche potessero riferirsi anche « all'elemento oggettivo del reato », il prevalente « campo d'azione » restava « quello della personalità o del carattere del reo, il quale presenta per l'appunto tutte quelle sfumature e quelle delicatezze di contorni che rendono malagevole » una previa e « particolareggiata disciplina legale » ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Cass., II sez. pen., 28 dicembre 1945, cit. in nt. 54, coll. 40-44. Sulla 'tattica' del rinvio adoperata nella dialettica tra Cassazione e corti d'assise straordinarie cfr. T. ROVATTI, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria. Forme di punizione del nemico nell'Italia del dopoguerra*, in *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, a cura di Giovanni Focardi e Cecilia Nubola, Bologna, il Mulino, 2015, p. 43.

⁽⁶⁰⁾ BETTIOL, *Attenuanti generiche* (1946), cit. in nt. 23, coll. 40-42. Analogamente, ANTOLISEI, *Manuale* (1949), cit. in nt. 14, p. 240 osservava che, risultando arduo utilizzare come criterio per le generiche la prima parte dell'art. 133, ne rilevasse « in pratica » la

Su questa scia la giurisprudenza e « buona parte della dottrina » interpretarono l'art. 62 *bis* come « un'appendice ovvero un corollario dell'art. 133 c.p., funzionalmente diretto a consentire una riduzione della pena al di sotto del minimo edittale » ⁽⁶¹⁾. Paradigmatica di siffatta posizione 'minimalista' era — ad avviso di Bricola — una nota a sentenza del 1955 a firma di Giuseppe Di Gennaro, magi-

seconda parte, e cioè la capacità a delinquere: così Cass., II sez. pen., 28 dicembre 1945 (cit. in nt. 54); Cass., sez. I pen., 19 gennaio 1948, *pres.* Caruso, *rel.* Giannantonio, *p.m.* Foà, *ric.* Mondello, in « La Giustizia penale », LIII [1948], pt. II, col. 289, n. 267. Per ripetuti richiami della Cassazione (1945-46) alla rilevanza della personalità del reo nella concessione delle generiche v. *Repertorio generale annuale*, XLVI-XLIX, cit. in nt. 29, nn. 128-134, col. 408; sentenze in tal senso del 1947-48 sono segnalate da MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 24. Nella stessa ottica CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 582 raccomandava ai giudici di effettuare, ai fini della concessione delle generiche, un'indagine « larga e completa », estesa alla capacità a delinquere *ex art.* 133 ult. parte. Già BELLAVISTA, *Il potere discrezionale* (1939), cit. in nt. 43, p. 69 aveva contestato al Rocco un'interpretazione del 133 che privilegiava il criterio della gravità del reato rispetto alla capacità a delinquere.

⁽⁶¹⁾ BRICOLA, *Le aggravanti indefinite* (1964), cit. in nt. 40, p. 309 (giurisprudenza e « buona parte della dottrina »). A riprova d'una lunga serie di pronunce che indicavano nell'art. 133 il serbatoio dei criteri d'applicazione delle generiche v. *Repertorio generale annuale*, XLIX-L, cit. in nt. 30, nn. 121-133, coll. 395-396. Della soluzione si diceva convinto nel 1947 G. BATTAGLINI, *Sulle attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 44. Le interferenze tra criteri di commisurazione della pena e circostanze generiche inducevano la dottrina a riflettere sulla classificabilità dei primi quali circostanze *improprie*: cfr. SANTORO, *Teoria* (1933), cit. in nt. 13, pp. 43-44; ID., *Le circostanze* (1952), cit. in nt. 13, pp. 71-72 (ove si sosteneva che dall'art. 133 andavano tratti i criteri di valutazione delle stesse circostanze, finalizzati specialmente [ivi, pp. 293, 70] all'individualizzazione della pena); E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit. in nt. 34, col. 168 (il quale contestava a Cass., I sez. pen., 12 marzo 1947 [cit. in nt. 34; v. anche *infra*, nt. 64] un'accezione erroneamente limitativa del concetto di *circostanza*: lemma nel quale egli faceva invece rientrare le circostanze incidenti sulla misura della pena e quindi anche i parametri del 133, sulla scorta della categoria delle circostanze *determinative* elaborata da F. CARNE-LUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*. I, Milano, Giuffrè, 1943, p. 200 [ivi, pp. 215-220 per l'espresso riferimento ai criteri dell'art. 133]; ANTOLISEI, *Manuale* (1949), cit. in nt. 14, p. 241, nt. 31 (il quale sosteneva, in contrasto con l'« opinione dominante », che la riforma del 1944 inducesse a considerare i criteri dell'art. 133 « circostanze in senso proprio », giacché legittimavano una variazione della pena edittale; dall'affermazione di Antolisei dissentiva, reputandola « petizione di principio », E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* [1949], cit. in nt. 33, col. 808); MIRTO, *L'art. 62 bis* (1954), cit. in nt. 3, p. 457 (« quasi tutta la dottrina nega ai criteri fissati nell'art. 133 il carattere di circostanza del reato »).

strato distaccato presso il Ministero della Giustizia. La nota partiva dalla constatazione per cui le « direttive individuanti » dell'art. 133 e le circostanze in senso stretto rappresentavano due strumenti paralleli escogitati dal codice Rocco per rendere la pronuncia « più plastica ed aderente al caso concreto ». Pertanto, sebbene non potesse escludersi qualche sovrapposizione (ad esempio tra intensità del dolo *ex art.* 133 n. 3 e *motivi* a più riprese richiamati dall'art. 62), sarebbe stato « illogico ed iniquo considerare due volte ed agli stessi fini un medesimo elemento accidentale del reato », a meno che il giudice, una volta raggiunto il minimo edittale in base all'art. 133, fosse ancora insoddisfatto della diminuzione di pena e decidesse di valutare come circostanze generiche *altri* elementi, diversi dai criteri di commisurazione della sanzione. Dunque di Gennaro supponeva (all'inverso rispetto al Manzini) che l'art. 133 andasse applicato con priorità rispetto all'eventuale valutazione delle circostanze. Comunque il ragionamento della nota a sentenza mirava in realtà a risolvere un quesito leggermente diverso: se cioè il giudice potesse concedere le attenuanti generiche anche dopo aver maturato, *ex art.* 133, la decisione d'irriggere una pena-base superiore al minimo edittale. Di fronte ad una giurisprudenza recente « tutta per l'affermativa », di Gennaro riteneva plausibile l'ulteriore decurtazione soltanto se la generica fosse desunta *aliunde*, e cioè non fosse una duplicazione di uno dei parametri dettati dall'art. 133 ⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ G. DI GENNARO, *Determinazione della pena e circostanze generiche*. Nota a Corte App. Roma, 7 febbraio 1955, *pres.* Caccavale, *est.* Del Balzo, *imp.* Lanza e aa., in « La Giustizia penale », LX (1955), pt. II, coll. 548-550 (premessa di ordine generale); ivi, col. 550 (critica a Manzini); ivi, col. 551 (quesito centrale della nota). La Corte d'appello romana (ivi, col. 548) aveva stabilito che non potesse riutilizzarsi come attenuante generica una circostanza già esaminata *ex art.* 133 ai fini della misurazione della pena. La tesi del di Gennaro era segnalata da BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit. in nt. 40, p. 309, nt. 34. Sui recenti sviluppi del tema della « doppia valutazione » v. CAPUTO, *Le circostanze*, cit. in nt. 34, pp. 208-219. Sulla precedenza della valutazione *ex art.* 133 rispetto al computo delle circostanze attenuanti e aggravanti v. già CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, cit. in nt. 61, I, p. 221; invece per E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 808 « l'applicazione dell'art. 133 interv[eniva] » dopo « l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi e accidentali del reato », e quindi dopo la valutazione delle circostanze. Quest'A. (ivi, col. 812) riteneva errata la tesi (sostenuta dalla Cass., I sez. pen., 21 gennaio 1949, *ric.* Ciavarella, ma subito corretta da Cass., II sez. pen., 25 febbraio 1949, *ric.* Del Sarti) secondo cui la concessione

Per contro, altri studiosi e una giurisprudenza minoritaria si battevano per sradicare la decisione sulla concessione delle generiche dai cardini dell'art. 133 ⁽⁶³⁾. Sul punto la Cassazione si produsse in spiazzanti *revirement*. La I sezione penale, il 12 marzo del 1947, fissava « netti criteri distintivi » tra circostanze *tout court* e indicatori dell'art. 133. Ad avviso della Suprema Corte, mentre *tutte* le circostanze, ivi incluse le attenuanti generiche, erano « elementi acciden-

delle generiche potesse scattare solo in presenza di condanna al minimo edittale. Proprio la possibilità per il giudice di infrangere la barriera dei minimi edittali (l'autentico senso del ricorso al 62 *bis*, secondo CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* [1952], cit. in nt. 26, pp. 582-584) rendeva, ad avviso di ANTOLISEI, *Manuale* (1949), cit. in nt. 14, p. 240, la riforma del 1944 « più significativa », « ai fini dell'evoluzione del diritto penale », di quanto avessero immaginato i promotori. Cass., I sez. pen., 12 gennaio 1949, cit. in nt. 33, col. 807 ritenne incompatibili la concessione del 62 *bis* e l'inflizione d'una pena severa *ex art.* 133 (d'accordo GRIECO, *Le circostanze attenuanti generiche* [1950], cit. in nt. 51, col. 1022). Per FOSCHINI, *Attenuanti generiche, pena base e motivazione* (1952), cit. in nt. 58, p. 553, qualora le generiche fossero state correttamente considerate non strumento d'un vago potere d'indulgenza bensì circostanze innominate che, una volta specificate, si comportano come le altre, sarebbe stato plausibile concederle anche in caso di condanna superiore al minimo edittale, evitando tuttavia (ivi, p. 554) le esagerazioni, come ad es. quella di irrogare il massimo edittale e accordare nel contempo il beneficio. Più tardi però la Suprema Corte avrebbe riconosciuto la liceità della concessione delle generiche in caso di condanna alla pena edittale massima (cfr. DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* [1957], cit. in nt. 34, p. 362) o (per giurisprudenza pacifica: DOLCINI, *Discrezionalità*, cit. in nt. 44, p. 298) superiore al minimo. Infine, l'errata idea delle generiche come *indulgenza* induceva la giurisprudenza (come segnalava criticamente BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. in nt. 35, p. 16) ad escludere che il condannato avesse un interesse a impugnare per mancata concessione del beneficio una condanna al minimo edittale.

⁽⁶³⁾ Per un riepilogo della giurisprudenza favorevole a liberare, almeno in parte, l'interprete dai vincoli del 133 nella concessione delle generiche cfr. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, pp. 24-25; riguardo alla dottrina v. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit. in nt. 57, p. 17, nt. 34. Questione affine, ma non identica, era quella della diversità di funzioni tra gli artt. 133 e 62 *bis*: propendevano per una netta separazione A. CRISTIANI, *In tema di circostanze attenuanti generiche. Se sia applicabile l'art. 69 cod. pen.*, in « La Scuola positiva », LVI, n.s. II, fsc. 1-2 (1948), p. 249; E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 811; MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, pp. 457-458 (per il quale l'art. 62 *bis* doveva vivere « di vita propria »). La teoria della non interferenza tra i campi d'azione del 133 e del 62 *bis* è riapparsa di recente in dottrina, come segnala (senza condividerla) CAPUTO, *Le circostanze*, cit. in nt. 34, pp. 209-210 con particolare riguardo al problema (che « risulterebbe sdrammatizzato ») della « doppia applicazione » (su cui cfr. ivi, p. 215).

tali ed accessori» del reato e, in quanto tali, concorrevano alla formazione della fattispecie criminosa, le coordinate dell'art. 133 restavano «fuori dalla struttura del reato», intervenivano «in un secondo momento, in sede di giudizio, dopo che il reato [era] stato commesso e accertato in tutti i suoi elementi, comprese le circostanze», e al solo fine di determinare in concreto l'entità della pena tra il massimo e il minimo previsti. A parte qualche inevitabile coincidenza, rimanevano diversi, a detta della I sezione, non solo la funzione dei due istituti ma anche il raggio d'azione, giacché l'art. 133², contemplando la *capacità a delinquere* tra i criteri di valutazione (precedenti, condotta etc.), finiva per coprire «un campo ben più vasto ed indipendente dalle circostanze» (64).

Pochi giorni dopo, il 18 marzo del 1947, una nuova pronuncia della Cassazione, emessa stavolta dalla II sezione, stabiliva che «il giudice, nell'accertamento e nella applicazione di circostanze attenuanti generiche, non è sottoposto ad alcun vincolo di criteri direttivi da parte del legislatore. I criteri dettati dall'art. 133 cod. pen. per finalità diversa possono essere utilizzati dal giudice, ma non costituiscono alcun limite alla sua indagine che può spaziare oltre i medesimi raccogliendo dovunque e comunque elementi di qualsiasi natura, idonei a suggerire all'equità del giudice medesimo una attenuazione della pena». La massima era originata dal processo a Carlo Ponsetti, centurione della milizia ferroviaria e squadrista, condannato a morte dalla corte d'assise straordinaria di Cuneo per «collaborazionismo col tedesco invasore», fucilazione di «pa-

(64) Cass., I sez. pen., 12 marzo 1947, cit. in nt. 34, coll. 161 (massima: «mentre le circostanze [...] sono elementi accidentali ed accessori che il legislatore considera nella configurazione del reato, gli elementi previsti dall'art. 133 c.p. sono fuori dalla struttura del reato e valutati dal giudice quando il reato è già accertato in tutti gli estremi, comprese le circostanze, ai fini della giusta irrogazione della pena»), 166 (estraneità dei criteri del 133 alla struttura del reato), 166-167 (possibili sovrapposizioni e differenza funzionale), 168 (più vasto il campo del 133). La sentenza fu censurata da E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit. in nt. 34, col. 168 per motivi terminologici che lo inducevano a ritenere utilizzabile l'art. 133 nell'applicazione delle generiche, senza peraltro che ciò implicasse ingabbiare il giudice (come aveva, subito dopo, riconosciuto Cass., II sez. pen., 18 marzo 1947, su cui v. *infra*, nt. 65). Due anni dopo, lo stesso E. BATTAGLINI, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, coll. 807-808 rilevava le coincidenze funzionali tra alcuni elementi «enunciati dall'art. 133» e le circostanze di cui agli artt. 61 e 62.

trioti » italiani e francesi, attività di giudice di tribunale straordinario fascista. La condanna, annullata il 7 marzo 1946 dalla Cassazione « limitatamente alla mancata motivazione sulla omessa concessione delle circostanze attenuanti generiche », era stata confermata il successivo 8 ottobre dalla corte d'assise di Torino. La Suprema Corte, adita nuovamente dal Ponsetti, ritenne che la sentenza torinese presentasse il vizio d'aver *incasellato* « il dovere di motivazione [...] nel paradigma dell'art. 133 », finendo per *comprimere* il ricco materiale probatorio e per *mutilare* la diagnosi della « personalità dell'imputato » entro « linee troppo schematiche ed anguste »: la pronuncia impugnata, ad avviso della II sezione, non aveva tenuto conto delle gravi « condizioni bio-psichiche del colpevole »; dell'anormalità del contesto bellico e della irresistibilità degli ordini tedeschi; « del più profondo sentimento di abnegazione e di dedizione » mostrato dal giudicabile durante la grande guerra. L'uso d'un parametro inappropriato e le predette omissioni configuravano, per i giudici supremi, un « evidente difetto di motivazione » della sentenza torinese e giustificavano l'accoglimento del ricorso ⁽⁶⁵⁾. La tesi della Cassazione, che di fatto rovesciava il nocciolo 'politico' della sentenza Calesella, suscitò *meraviglia* in Mangini, a cui parere il « paradigma » dell'art. 133, lungi dal risultare troppo *schematico* e *angusto*, sarebbe stato senz'altro in grado di ricomprendere tanto « le condizioni bio-psichiche del colpevole » quanto « le particolari condizioni politico-sociali successive al settembre 1943 » e la relativa influenza sulla « personalità » dell'imputato ⁽⁶⁶⁾.

Agl'inizi del 1949, invertendo ancora la rotta intrapresa dai colleghi della II sezione, la I sezione penale della Cassazione tornò a ribadire che « l'accertamento delle attenuanti generiche » avrebbe dovuto seguire i criteri dell'art. 133 c.p.: il principio veniva enunciato per affermare l'incompatibilità logica tra inflizione *ex art. 133*

⁽⁶⁵⁾ Cass., II sez., 18 marzo 1947, n. 405, *pres.* Giuliano, *rel.* Trasimeni, *p.m.* Berardi, *ric.* Ponsetti, in « La Giustizia penale », LII (1947), pt. II, col. 524 (massima, ribadita a coll. 527-528); coll. 525-526 (vicenda giudiziaria); 528-529 (vizio della sentenza torinese); 529-531 (elementi non valutati dalla corte d'assise di Torino); col. 531 (accoglimento del ricorso e annullamento con rinvio).

⁽⁶⁶⁾ MANGINI, *In tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 48, col. 530. FURNÒ, *Ancora in tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 37, p. 47 si dichiarava invece d'accordo, in nome di esigenze equitative, con la massima della sentenza 18 marzo 1947.

d'una pena grave e concessione delle generiche. Toccò stavolta a Ernesto Battaglini dissociarsi dalla sentenza. Lo studioso vi leggeva il rischio che l'« identificazione » o « equiparazione » tra i parametri dell'art. 133 e le (sole) attenuanti generiche separasse queste ultime dalle altre attenuanti comuni e le attraesse nell'orbita della disciplina della commisurazione della pena. Egli, per contro, era convinto che il *quantum* sanzionatorio andasse calcolato solo quando l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi e accidentali del reato fosse stato compiuto. Confortato proprio dalla sentenza Ponsetti (Cass., II sez., 18 marzo 1947), Battaglini riteneva che l'art. 133, in sede di decisione sulle generiche, non potesse « costituire né un vincolo, né una limitazione [...], ma soltanto un orientamento e un criterio direttivo » (67).

Per un più deciso affrancamento delle attenuanti generiche dalla griglia claustrofobica dell'art. 133 bisognò attendere la monografia di Michele Massa del 1959. Il volume attribuiva all'art. 62 *bis* il significato 'positivo' di scardinamento delle circostanze tipizzate e di apertura alle « infinite sfumature del caso concreto » (68). Convinto, sulle orme di Capograssi, che « anche nella dottrina delle attenuanti generiche si ritrova[sse] l'errore capitale della vecchia dommatica » di derivazione pandettistica, ossia il concettualismo e il conseguente ripudio dell'esperienza, Massa contestava l'utilizzo giurisprudenziale dell'art. 133 come argine, « riserva di certezza », « valvola di sicurezza », impiego che tradiva una sorta di fobia verso una « sconfinata inammissibile libertà di giudizio ». Al contrario, egli esortava a sfruttare l'ampio spettro di quella norma-*polmone* (come l'aveva qualificata Bettiol) non già per predeterminare le attenuanti generiche, bensì per setacciare nell'esperienza eventuali valori attenuanti non tipizzabili e trasportarli « nel diritto » attraverso il 62 *bis*, conferendovi « rilevanza normativa ». Nessun pregiudizio, assicurava Massa, avrebbe patito il principio di legalità, il quale fungeva

(67) Cass., I sez. pen., 12 gennaio 1949, cit. in nt. 33, col. 807; BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, coll. 808-812.

(68) BRICOLA, *Le aggravanti indefinite* (1964), cit. in nt. 40, pp. 309-310, quasi parafrasando MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 15.

« da limite esclusivamente per l'incriminazione di un fatto e non per l'attenuazione della pena » ⁽⁶⁹⁾.

7. *L'armonia perduta.*

Nella penalistica italiana del dopoguerra la seconda epifania delle attenuanti generiche non risvegliava soltanto la ' lirica ' di una nuova equità. Una disciplina ancora largamente dominata dal tecnicismo giuridico non rinunciava alla ' prosa ' del vaglio dogmatico. Se qualche indagine di retroguardia si lanciò alla ricerca del ' fondamento ' del nuovo istituto ⁽⁷⁰⁾, la dottrina più avvertita intuiva che esso aveva ingenerato « non poche e non lievi incongruenze »; che aveva iniettato nel codice « un piccolo neoplasma, per fortuna a

⁽⁶⁹⁾ MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, pp. 13 e 21 (« errore capitale della vecchia dommatica », « vizio capitale del concettualismo »); ivi, p. 15 (citazione non nominativa di Giuseppe Capograssi: « Non si sa più se l'esperienza giuridica sia quella che è nella realtà o sia l'immagine che la scienza ne ha delineato », al punto che l'esperienza stessa diventa « un pericolo per la visione limpida del dato »); ivi, pp. 14, 27, 66 (critiche all'utilizzo dell'art. 133, « riserva di certezza », « valvola di sicurezza »); ivi, pp. 70 (carattere omnicomprensivo dell'art. 133), 79 (obbligo di « non tralasciare nulla »), 16, 83 (ricerca delle attenuanti generiche nell'esperienza), 92 (ingresso di valori nel diritto); ivi, pp. 102-103 (opportuno accoglimento della funzione attenuante di valori non tipizzabili: gelosia, età senile etc.); 83 (legalità); ivi, p. 69 il consenso con BETTIOL, *Attenuanti generiche*, cit. in nt. 23, col. 40 (polmone). La critica al concettualismo fu apprezzata da CONTENTO, *Introduzione* (1963), cit. in nt. 14, p. 127. Sulla « onnicomprensività » dell'art. 133 concordava LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit. in nt. 40, p. 47; sul punto v. la bibliografia riportata da DOLCINI, *Discrezionalità*, cit. in nt. 44, p. 269, nt. 46.

⁽⁷⁰⁾ D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, Società Editrice Libreria 1916 aveva visto nella *pericolosità* la ragion d'essere delle circostanze. La teoria era stata contestata da F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in « La Scuola positiva », XXX (1920) [sr. IV, IX], nn. 3-4, p. 141, nt. 1. COCURRELLO, *Le circostanze* (1940), cit. in nt. 10, p. 507 vi aveva invece rinvenuto un'anticipazione dell'impostazione del c.p. 1930. Il tema fu ripreso da SANTORO, *Teoria* (1933), cit. in nt. 13, pp. 23-24; ID., *Le circostanze* (1952), cit. in nt. 13, *Pref.*, pp. VII-VIII (ove si accentuava, rispetto alla I ed., la rilevanza della pericolosità); ivi, p. 30, d'accordo con Grispigni. *Contra* CONTENTO, *Introduzione* (1958), cit. in nt. 32, pp. 98-99; ID., *Introduzione* (1963), cit. in nt. 14, pp. 103-105. Consideravano invece la gravità del danno e la colpevolezza i fondamenti dogmatici delle attenuanti generiche MASSA, *Le attenuanti generiche* (1959), cit. in nt. 28, pp. 16; 176-179; 183, nt. 60; 190; 197; CONTENTO, *Introduzione* (1958), cit. in nt. 32, p. 96.

carattere benigno»; che la « coesistenza » e, « quasi, la coabitazione » di « norme ispirate a princípi diversi e spesso incompatibili » aveva partorito un « ibrido »; che il « mutamento » era, in realtà, « turbamento » d'un sistema che « mal si prestava a innesti » ⁽⁷¹⁾.

La riforma del 1944, in effetti, aveva assestato « un colpo di portata violentissima » al dogma della tipicità delle circostanze ⁽⁷²⁾. Il coordinamento ermeneutico s'imponeva già per le locuzioni adoperate dall'art. 62 *bis*, che consentiva al giudice, *indipendentemente dalle circostanze prevedute dall'art. 62, di prendere in considerazione altre circostanze diverse*. Pleonasmi, a detta di alcuni interpreti; segnali inequivoci, per altri, di eterogeneità tra le attenuanti vecchie e le nuove ⁽⁷³⁾.

Una parte della dottrina dell'immediato dopoguerra (Vannini e Mangini, in particolare) consigliava di leggere gli artt. 62 e 62 *bis* come « un tutto armonico », di modo che le generiche, oltre che

⁽⁷¹⁾ E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit. in nt. 34, col. 166 (incongruenze); MIRTO, *L'art. 62 bis* (1954), cit. in nt. 3, pp. 456-457 (neoplasma); DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1957), cit. in nt. 34, pp. 356-357 (coabitazione, ibrido), il quale rinviava adesivamente alla diagnosi di MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, p. 455 (su cui v. *infra*, in questo §); CRISTIANI, *In tema di circostanze attenuanti generiche* (1948), cit. in nt. 63, p. 246 (turbamento). Di sistema *intaccato* e addirittura *sconvolto* dall'art. 62 *bis* parlava CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 569. Per MARTUSCELLI, *Circostanze attenuanti* (1946), cit. in nt. 27, col. 44 invece la « coesistenza » tra attenuanti comuni tassative e generiche, creata dalla riforma del 1944, non implicava « alcun serio inconveniente, ma rappresenta[va] anzi un progresso tecnico giuridico » rispetto al codice Zanardelli; ivi, col. 46 l'A. ammetteva che il « sistema misto » andasse meglio coordinato e perfezionato.

⁽⁷²⁾ MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit. in nt. 1, p. 511. CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 570 riteneva che l'art. 62 *bis* avesse trasformato in *esemplificativo* l'elenco originariamente *tassativo* dell'art. 62.

⁽⁷³⁾ MANGINI, *In tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 48, col. 525 riteneva pleonastiche le espressioni del 62 *bis*. Per CRISTIANI, *In tema di circostanze attenuanti generiche* (1948), cit. in nt. 63, p. 248 esse invece intendevano rimarcare la diversa natura delle generiche, il loro carattere *improprio* o *sui generis*, il rimando (ivi, p. 247) ad elementi « quasi imponderabili, ribelli ad ogni classificazione casistica ». La diversità era anche meramente *quantitativa*, secondo DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1957), cit. in nt. 34, p. 357. In aperto dissenso dal Cristiani, le cui considerazioni giudicava non suffragate dal codice, E. BATTAGLINI, *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 808 ipotizzava che la costruzione lessicale, forse imperfetta, dell'art. 62 *bis* mirasse solo a vietare il doppio computo delle attenuanti generiche.

diverse dalle altre ‘comuni’, non fossero con queste « incompatibili » né da esse « implicitamente disconosciute ». Questa linea interpretativa, di conseguenza, ammetteva come ‘generica’, perché non contraddetta dall’art. 62, l’estrema povertà del colpevole; non altrettanto il concorso *colposo* dell’offeso o l’aver procurato un danno *non* di speciale tenuità, situazioni per l’appunto stridenti con la lettera dell’art. 62 n. 5 (concorso *doloso* della persona offesa) e n. 4 (danno di speciale tenuità). È evidente che un simile indirizzo tendeva a non alterare, per il tramite dell’art. 62 *bis*, il « novero » delle diminuenti tassative e a restringere, viceversa, « il campo applicativo delle nuove attenuanti » ⁽⁷⁴⁾.

Esegesi meno puntigliose facevano invece rifluire sotto lo scudo del 62 *bis* i motivi *non* aventi particolare valore morale o sociale ma sufficienti a diminuire « la gravità e la quantità politica del reato »; l’ingiustizia patita non in prima persona bensì da un amico; la collera, la pietà, la paura; la passione politica, religiosa, erotica; la minore gravità dell’azione rinveniente dai mezzi adoperati; il parziale inverarsi di ragioni previste dal legislatore come attenuanti

⁽⁷⁴⁾ VANNINI, *In materia di circostanze* (1945), cit. in nt. 27, pp. 482-483. D’accordo con Vannini, MANGINI, *In tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 48, col. 528 raccomandava di non « neutralizzare con il riconoscimento di una attenuante facoltativa principi altrove dal codice affermati », come il divieto di diminuire la pena per effetto d’una concausa o per ignoranza dell’aggravante. Analoga la preoccupazione di MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, pp. 36-37, sulla scia di Carlo ERRA, *La giurisprudenza della Corte Suprema e le attenuanti generiche*, in « Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni penali: Rassegna di Giurisprudenza italiana. Giurisprudenza comparata. Tutte le sentenze annotate », sr. II (speciale), vol. XXVII (1947), I, p. 318. Anche E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit. in nt. 34, col. 166 vedeva nella terminologia del 62 *bis* la volontà di circoscrivere la discrezionalità nella concessione delle generiche. Propenso invece ad ammettere un gruppo di « circostanze quasi-giustificanti » MALINVERNI, *Circostanze*, cit. in nt. 45, p. 94. Contrari a qualificare attenuante generica l’aver procurato un danno *non* di speciale tenuità G. BATTAGLINI, *Sulle attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 44; GRIECO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1950), cit. in nt. 51, col. 1030; di opposto avviso DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1957), cit. in nt. 34, p. 357; MALINVERNI, *Circostanze*, cit. in nt. 45, p. 95. MARTUSCELLI, *Circostanze attenuanti* (1946), cit. in nt. 27, col. 45, dissociandosi da Vannini, pensava che le generiche potessero applicarsi in caso di concorso *colposo* della vittima e nell’ipotesi di concausa. Per altre potenziali sovrapposizioni v. MANGINI, *In tema di circostanze attenuanti generiche*, cit. in nt. 48, col. 527.

comuni tipizzate; l'abuso del diritto ⁽⁷⁵⁾. La giurisprudenza, più cauta, procedeva ad analoghe interpretazioni *integrative* attingendole, però, soprattutto dal « campo della imputabilità »: e così etichettava come attenuanti generiche l'infermità di mente che non scemasse *grandemente* la facoltà di intendere e di volere, gli stati emotivi o passionali non sfocianti in vizio parziale di mente, l'ubriachezza volontaria generatrice di minorazione psichica ⁽⁷⁶⁾.

La labilità del discrimine dovette convincere la commissione Lampis, artefice del progetto di codice penale presentato al guardasigilli nel luglio del 1949, a ricondurre le circostanze generiche, anche topograficamente (art. 41, n. 7 del progetto), entro un'unica categoria di attenuanti. La relazione di accompagnamento informava che la commissione aveva preso in considerazione la soppressione delle attenuanti comuni indefinite, sia per rimediare alla disarmonia interna al testo vigente, sia perché l'« esperienza giudiziaria » mostrava l'inflazione di motivi attenuativi troppo generici, con conseguenze repressive particolarmente gravi nei reati sanzionati con l'ergastolo. E tuttavia, spiegava il relatore, s'era preferito lasciare aperto il dibattito. La commissione volle comunque precisare che le attenuanti generiche non solo avrebbero dovuto *diminuire notevolmente la gravità* del reato, ma anche risultare *diverse* da e *non contrastanti* con quelle previste dalla legge ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, pp. 458-460. D'accordo con la corte d'assise di Napoli, che riteneva gli stati emotivi e passionali computabili tra le generiche, GRIECO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1950), cit. in nt. 51, coll. 1025-1026. Puntuale il « raggruppamento » *esemplificativo* delle attenuanti generiche abbozzato da MALINVERNI, *Circostanze*, cit. in nt. 45, pp. 94-96.

⁽⁷⁶⁾ DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1957), cit. in nt. 34, pp. 358-359. Della casistica riportata da De Libero dubitava GRIECO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1950), cit. in nt. 51, col. 1030. Già BENTINI - ESCOBEDO, *La pena di morte*, cit. in nt. 20, p. 207 avevano censurato la severità della disciplina del c.p. Rocco (conseguente all'abolizione delle generiche) per i casi di imputabilità scemata non *grandemente*. Scettico verso le sentenze della Cassazione che avevano ritenuto applicabili le generiche alle condizioni morbose psichiche e agli stati passionali E. BATTAGLINI, *Ancora sulle così dette attenuanti generiche*, cit. in nt. 33, col. 809.

⁽⁷⁷⁾ Il comitato esecutivo della commissione era presieduto da Giuseppe Lampis e composto da Francesco Pantaleo Gabrieli, Giuseppe Lattanzi, Biagio Petrocelli, Ottorino Vannini. Il testo della relazione e l'articolato si leggono in CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1952), cit. in nt. 26, pp. 591-593. Quest'ultimo A. (ivi,

Tramontate le velleità di riforme *ab imis*, non erano pochi negli anni Cinquanta gli studiosi ancora non rassegnatisi allo 'scompaginamento' della trama codicistica; al passaggio da un « sistema rigido e inderogabile » ad uno « arbitrario e aleatorio »; al dilagare dell'*elemosina giudiziaria*. Il pessimismo era spesso frutto d'un pregiudizio schiettamente conservatore. In un saggio graffiante, apparso a dieci anni dall'entrata in vigore del decreto luogotenenziale, Pietro Mirto, alto magistrato, permetteva di non aver mai compreso il legame tra l'instaurazione d'un regime liberale, democratico, progressista e l'ossessione per i minimi sanzionatori: « forse un senso pietistico », il medesimo che aveva condotto all'abolizione del patibolo senza riflettere sulla sua sopravvivenza in altri paesi « veramente democratici »; « forse » il « bisogno di far vedere che, se pur non si poteva relegare in soffitta il codice penale » in quanto « espressione del regime fascista », se ne correggeva quanto meno l'asperità delle pene, mentre sarebbe stato più sagace ritoccare i minimi edittali o consentire di abatterli mediante un novellato art. 133. Mirto non dubitava che solo la magistratura fosse in grado di « realizzare il principio della individuazione e della personalizzazione della pena » e di sostituire al « giusto legale » il « giusto giurisprudenziale »: una magistratura però — chiosava maliziosamente — impermeabile alla politica e in grado, per capacità tecnica e prestigio sociale, di « esplicare questa delicatissima funzione di sovranità ». Nel frattempo, « per amore della scienza » e in omaggio alla « culla del diritto », l'Autore non si esimeva dal proporre al legislatore un'alternativa: o si assorbivano le generiche entro la casistica già codificata, o si varava una norma che legittimasse il giudice, con apprezzamento « incensurabile e insindacabile », a ridurre la pena sino al perdono giudiziale allorché riscontrasse l'insussistenza di « disapprovazione morale e sociale » ⁽⁷⁸⁾.

p. 593) si dichiarava critico perché lo schema lasciava « per lo meno inalterata la situazione attuale »; ivi, p. 594 le proposte alternative. Cfr. E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit. in nt. 34, col. 170; Id., *Ancora sulle cosiddette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 810; MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 20, nt. 1.

⁽⁷⁸⁾ MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, pp. 449-450 (democrazia e riduzione delle sanzioni); pp. 452 (incrinatura del sistema del c.p., elemosina giudiziaria), 453-454, 461 (prestigio richiesto alla magistratura), 456 (alternative per ridurre l'entità delle pene):

La diagnosi di Mirto toccava anche il profilo sistematico. Lo studioso giudicava « quanto mai inesatta » la scelta del decreto luogotenenziale di affiancare alle attenuanti comuni ‘definite’ e ‘obbligatorie’ quelle « non definibili *a priori*, innominate » e facoltative. Gaetano Contento si spingeva oltre. A suo parere, non esistevano circostanze *a forma libera* o non tipizzate: di conseguenza, quelle profilate dall’art. 62 *bis* non erano « vere circostanze » ma solo il « frutto » d’« un compromesso » tra l’« esigenza politica », tenuta « in gran conto » dal legislatore del 1930, di « minacciare, astrattamente, una pena grave »; e « le esigenze di giustizia sostanziale » connesse al « processo di individualizzazione della sanzione penale ». A questo obiettivo mirava realmente, secondo Contento, la riforma del 1944, e non ad aprire « una breccia nel sistema penale » né a elargire deleghe dal legislativo al giudiziario ⁽⁷⁹⁾.

8. *Gli effetti: bilanciamento e prescrizione.*

Il dilemma sull’assimilabilità delle attenuanti generiche alle altre circostanze comuni non solleticava soltanto il gusto per la dogmatica. Dalla soluzione dell’enigma dipendevano effetti pratici di rilievo ⁽⁸⁰⁾. Qui se ne analizzeranno due: la computabilità delle generiche nel concorso delle circostanze (il cd. bilanciamento *ex art.* 69) e l’incidenza sui termini di prescrizione.

In materia di bilanciamento occorre nuovamente richiamare le

460-461 (« due vie »). Sulla collocazione ideologica dell’A. nel dopoguerra cfr. M.N. MILETTI- E. MURA, *Mirto-Randazzo, Pietro*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino 2013, II, p. 1356.

⁽⁷⁹⁾ Rispettiv. MIRTO, *L’art. 62 bis*, cit. in nt. 3, p. 455; CONTENTO, *Introduzione* (1958), cit. in nt. 32, pp. 111-113 (la cui tesi tuttora convince CAPUTO, *Le circostanze*, cit. in nt. 34, p. 189). A séguito dei rilievi del MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, p. 48, CONTENTO, *Introduzione* (1963), cit. in nt. 14, p. 157, nt. 68 avrebbe mitigato la sua teoria ribadendo però non solo l’equiparazione e non l’identità delle generiche rispetto alle altre circostanze (ivi, p. 161), ma anche la convinzione che vi fosse « molta parte di verità » nel concepire le generiche come un mero meccanismo di attenuazione sanzionatoria (ivi, p. 159).

⁽⁸⁰⁾ Sulla « natura polifunzionale » delle circostanze, dal punto di vista sostanziale e processuale, cfr. da ultimo BASILE, *L’enorme potere*, cit. in nt. 12, pp. 1747-1754 e ivi, p. 1747, ntt. 9-10 per aggiornati riferimenti bibliografici.

due pronunce di segno opposto — già esaminate *supra*, in rapporto al diverso problema dei rapporti tra artt. 133 e 62 *bis* — emesse dalla Corte di Cassazione, a distanza di pochi giorni, nel marzo del 1947. Nella prima, del 12 marzo, la I sezione penale, senza addentrarsi espressamente nella questione del giudizio di equivalenza o prevalenza, sostenne l'identità di « intima natura » e di funzioni tra attenuanti *ex art.* 62 *bis* e altre attenuanti « comuni o speciali »: la Corte si limitò a precisare che, mentre queste ultime erano « espressamente previste e specificate » e risultavano obbligatorie « quanto al loro accertamento », le generiche erano « indeterminate e lasciate caso per caso all'accertamento ed all'applicabilità discrezionali del giudice di merito » ⁽⁸¹⁾.

La seconda sentenza, emessa dalla II sezione il 18 marzo del 1947, cassò la condanna a morte del ferroviere collaborazionista Carlo Ponsetti rilevando l'inapplicabilità del giudizio di prevalenza alle attenuanti generiche, « le quali secondo la loro natura e la volontà del legislatore stanno al di sopra e al di là di ogni altra circostanza del reato » ⁽⁸²⁾. Anche sotto questo profilo la pronuncia procurò disappunto. L'extrapolazione delle generiche dal sistema codicistico fu percepita come legittimazione di quel *favor rei* cui i giudici solevano attingere per forzare il « diritto positivo » e mettersi in pace con la coscienza ⁽⁸³⁾. Si paventò un « nostalgico ritorno » alle

⁽⁸¹⁾ Cass., I sez. pen., 12 marzo 1947, cit. in nt. 34, coll. 161 e 165. Su questa sentenza e su quella del 18 marzo 1947 v. CRISTIANI, *In tema di circostanze attenuanti generiche* (1948), cit. in nt. 63, p. 246. I medesimi due elementi differenziali (genericità/specificità; discrezionalità/obbligatorietà) sarebbero stati evidenziati, come si è visto *supra*, § 7 *in fin.*, da MIRTO, *L'art. 62 bis*, cit. in nt. 3, p. 455, che ne avrebbe però tratto conseguenze opposte.

⁽⁸²⁾ Cass., II sez., 18 marzo 1947, n. 405, cit. in nt. 65, coll. 524 e 531. La prima massima di questa pronuncia (v. *supra*, § 6) toccava l'altro tema del rapporto tra generiche e art. 133 c.p., affermando che quest'ultimo non fissava alcun limite all'indagine del giudice. Il tratto in comune tra le due massime consisteva (come annotava G. BATTAGLINI, *Sulle attenuanti generiche* [1947], cit. in nt. 28, p. 44) nella tesi del « carattere extra-sistematico » delle generiche (v. *infra*, nt. 83).

⁽⁸³⁾ G. BATTAGLINI, *Sulle attenuanti generiche* (1947), cit. in nt. 28, pp. 44-45. L'A. negava carattere « extra sistematico » all'art. 62 *bis* sul presupposto che tale norma considerava le generiche come un'unica circostanza « ai fini dell'applicazione di *questo capo* »: dunque anche ai fini del bilanciamento. Sulla medesima posizione FURNÒ, *Ancora in tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 37, p. 48; E. BATTAGLINI, *Osservazioni* (1947), cit.

« operazioni aritmetiche »: il conteggio ‘separato’ avrebbe potuto attribuire alle attenuanti generiche un peso spropositato e produrre risultati bizzarri ⁽⁸⁴⁾.

La sentenza Ponsetti rimase isolata ⁽⁸⁵⁾. Alcuni autori, tuttavia, continuarono a condividerne lo spirito. Antonio Cristiani, in particolare, sostenne che la natura *impropria* o *sui generis* delle circostanze generiche ne giustificasse la sottrazione dal giudizio d’equivalenza. Lo studioso era consapevole dell’« inconveniente pratico » d’una simile teoria, che imponeva al giudice di effettuare dapprima il bilanciamento delle *altre* circostanze e poi di applicare al risultato così ottenuto le attenuanti generiche: ma la responsabilità di siffatte « operazioni aritmetiche » indubbiamente macchinose andava addebitata, a suo avviso, all’« incoerenza di un innesto [...] poco felice », quello del 1944, suggerito « forse più da nostalgici ricordi di sistemi passati che da scientifiche e rigorose esigenze » ⁽⁸⁶⁾.

in nt. 34, col. 169; Id., *Ancora sulle così dette attenuanti generiche* (1949), cit. in nt. 33, col. 807; per altri autori v. CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 584, nt. 48.

⁽⁸⁴⁾ MANGINI, *In tema di circostanze* (1947), cit. in nt. 48, coll. 529-530 (nostalgia delle « operazioni aritmetiche »; « nostalgico ricordo » di sistemi « sorpassati »).

⁽⁸⁵⁾ L’inversione giurisprudenziale ripartì da Cass. 15 marzo 1948, *ric. Peveri*, segnalata da DE LIBERO, *Le circostanze attenuanti generiche* (1957), cit. in nt. 34, p. 361. Per altre pronunce conformi cfr. CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, p. 585.

⁽⁸⁶⁾ CRISTIANI, *In tema di circostanze attenuanti generiche* (1948), cit. in nt. 63, pp. 247-249. L’A. (ivi, p. 249) ne approfittava per ricordare che il codice Rocco, « per quanto inquinato da concetti autoritari, [aveva] raccolto i frutti del lavoro della scuola penalistica positiva ». Non diverse le tesi di R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Seconda edizione aggiornata e riveduta. I: Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, pp. 436-438, il quale reputava le circostanze generiche « insusciabili (...) di sottostare alle regole dettate per le altre circostanze »; SANTORO, *Le circostanze* (1952), cit. in nt. 13, p. 294, convinto che le generiche, costituendo « una specie di *ultima ratio* », andassero sottratte al giudizio di equivalenza; CONTENTO, *Introduzione* (1958), cit. in nt. 32, p. 180. Dal suo canto CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite* (1952), cit. in nt. 26, pp. 585-586, pur favorevole a computare le generiche nel giudizio di equivalenza, riteneva « sterile ed inutile opera di incomprensibile virtuosismo giuridico », benché non censurabile formalmente, l’eventuale decisione del giudice di concederle e nel contempo di vanificarle facendo prevalere su di esse, in sede di bilanciamento, le aggravanti. Sull’ipotesi inversa assai critico CONTENTO, *Introduzione* (1958), cit. in nt. 32, p. 113.

Analoghi dubbi involgevano la computabilità delle attenuanti generiche ai fini della prescrizione. Questa, ai sensi dell'art. 157², andava calcolata tenendo conto *dell'aumento massimo di pena* stabilito per le aggravanti e della *diminuzione minima* determinata dalle attenuanti. Secondo Ottorino Vannini, che scriveva poco dopo la modifica luogotenenziale, la natura facoltativa delle attenuanti generiche le estrometteva fatalmente dal conteggio dei termini. Nel 1950 Manzini giungeva alla medesima conclusione, osservando che l'applicazione delle aggravanti o attenuanti meramente facoltative « presuppone un approfondito esame dei fatti o una completa valutazione della personalità del reo, che la prescrizione preclude » (87).

Una breve e geniale nota a sentenza di Franco Cordero del 1958 avrebbe capovolto l'angolo di visuale. In dissenso da una pronuncia del Tribunale di Roma, che aveva ritenuto non subordinabile la prescrizione del reato a « condizioni assolutamente incerte » quale l'esercizio discrezionale dell'applicazione delle attenuanti generiche, la nota ne rigettava la « premessa arbitraria », « omaggio ad un arcano bisogno di prescienza ». Siffatta pretesa di *chiaroveggenza*, ironizzava lo studioso torinese, avrebbe forse avuto un senso se il beneficio del 62 *bis* fosse stato tuttora concepito come « un indefinito potere d'indulgenza », « una sorta di somma algebrica » degli addendi positivi e negativi emersi dal processo: ma ormai la migliore dottrina, *districandosi* da quella concezione, si era convinta che la « dizione *attenuanti generiche* » si riferisse all'« originaria incompletezza della formula legislativa », vale a dire alla costruzione *per relationem* della fattispecie, che il giudice avrebbe dovuto intraprendere « nel caso singolo attraverso una complessa opera ricognitiva ». Per Cordero, insomma, la vera peculiarità delle attenuanti *innominate* consisteva nella tecnica di « normazione sintetica »: il legislatore, anziché specificarne il contenuto *ab origine*, lo rinviava « al risultato di un'indagine giudiziale vincolata nell'*an* e nel *quo*-

(87) Rispettiv. VANNINI, *In materia di circostanze* (1945), cit. in nt. 27, p. 483; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Nuova edizione completamente aggiornata*, III, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, p. 497. Su posizioni analoghe la giurisprudenza, come segnalava nel 1965 LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit. in nt. 40, pp. 12-13.

modo »⁽⁸⁸⁾. È palese che l'analisi del giovane processual-penalista guardava al di là del problema della prescrizione e promuoveva un ripensamento logico-funzionale delle attenuanti generiche.

9. *Le aggravanti generiche.*

La sintetica panoramica sulla reintroduzione luogotenenziale delle circostanze indefinite risulterebbe ancor meno esaustiva se si omettesse un cenno alla figura speculare delle *aggravanti* generiche. Negli ultimi anni di vigenza del codice Zanardelli la nozione era stata bollata da Manzini come incompatibile con lo Stato di diritto. Sul finire degli anni Quaranta Maggiore la definiva « inconcepibile alla coscienza giuridica moderna » perché in contrasto con « i più elementari principii di libertà ». Ma in nota lo studioso palermitano avvertiva: « Tuttavia le cosiddette leggi penali politiche in Italia, nel periodo postbellico, pullulano di aggravanti innominate, da applicarsi *ad libitum* di una cosiddetta magistratura (eccezionale) »⁽⁸⁹⁾.

Il monito di Maggiore rinviava a un articolo di Aldo Casali-nuovo apparso su « Rivista Penale » del 1946. In esso l'Autore, docente all'Università di Roma, aveva registrato l'assoluta *aridità* della dottrina in tema di aggravanti indefinite, forse perché pacificamente ritenute antitetiche al principio di tassatività. Eppure la questione non era affatto peregrina. In avvio dei lavori preparatori per il codice penale, il ministro Rocco, riprendendo una suggestione di Cesare Cevoli, aveva ventilato l'ipotesi di un'elencazione esemplificativa e non tassativa delle aggravanti, da combinare però con l'obbligo per il giudice di motivarne in concreto l'eventuale applicazione: di fronte alle obiezioni della commissione senatoria, il guardasigilli aveva ritirato la proposta, riconoscendone sgradite affinità con la pena indeterminata; dal progetto definitivo le aggra-

⁽⁸⁸⁾ CORDERO, *Circostanze « generiche »*, cit. in nt. 33, pp. 826-827; ivi, p. 830 per la peculiarità della tecnica di normazione. Sostanzialmente conforme la tesi di LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit. in nt. 40, pp. 29-31, il quale distingueva (ivi, p. 139) le circostanze « tipicizzate » e quelle discrezionali non già per « struttura ontologica » bensì per tecnica di individuazione legislativa.

⁽⁸⁹⁾ Rispettiv. MANZINI, *Trattato*, cit. in nt. 1, *Volume Primo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, p. 503; MAGGIORE, *Diritto penale* (1949), cit. in nt. 38, p. 529 e ivi, nt. 5.

vanti indefinite erano sparite per simmetria con le attenuanti indefinite ⁽⁹⁰⁾.

Il tema era ritornato d'attualità sul finire della guerra. Il r.d.l. 26 maggio 1944, n. 134 sulla *punizione dei delitti e degli illeciti del fascismo* comminava l'ergastolo (art. 2) a coloro che avessero promosso o diretto l'insurrezione armata contro i poteri dello Stato del 28 ottobre 1922; pena aggravata con la morte per chi avesse « continuato in alte responsabilità fasciste dopo che le leggi fasciste introdussero la pena di morte ». La nozione di *alta responsabilità*, osservava Casalnuovo, era lasciata alla piena discrezionalità del magistrato, salvo la determinazione cronologica. Il decreto di maggio fu abrogato dal d.l.l. 27 luglio 1944, n. 159 sulle *sanzioni contro il fascismo*: quest'ultimo provvedimento, oltre a riportare temporaneamente in vita, come s'è visto (*supra*, § 3), le attenuanti innominate del codice Zanardelli, prevedeva all'art. 2 « un caso di aggravanti indefinite », laddove puniva con l'ergastolo o, « nei casi di più grave responsabilità », con la morte i membri del governo fascista e i gerarchi, rei di aver « annullate le garanzie costituzionali, distrutto le

⁽⁹⁰⁾ Aldo CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, in « Rivista Penale », LXXI (1946), pp. 1209-1211 e ivi, p. 1209, nt. 5. L'A. si appellava ai dubbi già espressi da E. PESSINA, *Elementi di diritto penale. Volume II*, Napoli, Stamperia R. Università 1869, p. 42. Cesare CIVOLI, *Trattato di diritto penale. Volume I. Parte generale*, Milano, Pirola 1912, pp. 515-518 veniva evocato con riferimento ad un brano (concernente, invero, le attenuanti generiche) che raccomandava di obbligare il giudice a motivare la concessione del beneficio. Il discorso di Alfredo Rocco al Senato, contenente la notizia del ritiro della proposta di « aggravanti generiche », è in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume I. Atti parlamentari della Legge 24 dicembre 1925, n. 2260, che delega al Governo del Re la facoltà di emendare i Codici penale e di procedura penale*, Roma, Provveditorato Generale dello Stato, Libreria 1928, p. 266; per un paio di residui accenni cfr. AL. ROCCO, *Relazione sul libro I*, cit. in nt. 6, n. 78, p. 110 (inconcepibilità d'una piena discrezionalità del giudice in tema di aggravanti); ivi, n. 81, p. 111 (proposta, stralciata dal progetto per timore di arbitri, di legare la concessione delle aggravanti a meri criteri direttivi). Sul tema resta imprescindibile BRICOLA, *Le aggravanti indefinite* (1964), cit. in nt. 40, pp. 299-356, spec. pp. 301-303 per la genesi del c.p. 1930; e pp. 315-317 per le aggravanti indefinite presenti non solo nella normativa post-fascista ma anche nei riferimenti di talune leggi degli anni Cinquanta alla speciale *gravità* del fatto.

libertà popolari, creato il regime fascista, compromesso e tradito le sorti del paese condotto alla attuale catastrofe » ⁽⁹¹⁾.

E ancora. L'art. 1 del d.l.l. 22 aprile 1945, n. 142, istitutivo delle corti d'assise straordinarie per il reato di collaborazionismo con i tedeschi, oltre a prevedere ipotesi di « responsabilità presunta » per il solo fatto d'aver ricoperto certe cariche (ne fece le spese Angelo Tarchi, ministro per le corporazioni della Repubblica di Salò), contemplava, in applicazione del codice penale militare di guerra, l'irrogazione della condanna a morte, anziché della pena detentiva, per coloro che avessero assunto *più gravi responsabilità*: ministri o sottosegretari della Repubblica Sociale, dirigenti del partito fascista repubblicano, membri del Tribunale speciale per la difesa dello Stato o di altri tribunali straordinari fascisti. A giudizio della Sezione speciale della Corte di Cassazione di Milano, le *più gravi responsabilità* in questione non costituivano un'aggravante bensì una diversa figura di reato. Casalnuovo era invece convinto si trattasse proprio di aggravante indefinita, dal momento che il giudice restava « pienamente libero di basarla [...] su qualsivoglia dato di fatto ». Una smagliatura, commentava lo studioso, gravida di « insidie » per i « principii trionfalmente acquisiti dalla nostra coscienza giuridica », specialmente in ambienti giudiziari infiammati dalle « più accese passioni »: essa oltretutto era maturata al di fuori del codice e, prescrivendo una pena diversa da quella ordinaria del reato, sfuggiva, ai sensi della formulazione originaria dell'art. 69, al giudizio di prevalenza o di equivalenza. Occorreva « restar vigili » perché quella logica non pervenisse, « attraverso la breccia, a più vaste affermazioni » ⁽⁹²⁾.

Infine una « gravissima deroga al sistema delle circostanze » era

⁽⁹¹⁾ CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, cit. in nt. 90, p. 1212, nt. 8 (punizione dei delitti del fascismo); ivi, p. 1211 (sanzioni contro il fascismo).

⁽⁹²⁾ CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, cit. in nt. 90, pp. 1212-1216, con riferimento (critico) a Cass. Milano, Sez. speciale, 3 settembre 1945, *pres.* Giuliano, *est.* Fazzari, *ric.* Boccolini. Scettico (ivi, pp. 1217-1219) sulla possibilità di indicare al giudice criteri direttivi e insoddisfatto di quelli vagliati dalla Sezione speciale della Corte di Cassazione di Milano, Casalnuovo consigliava di affidarsi all'art. 133 c.p. e al codice penale militare di guerra. Egli comunque concordava (ivi, p. 1219) con i giudici milanesi nel ritenere che l'apprezzamento del tribunale riguardasse il fatto e non fosse censurabile se non per vizio di motivazione. Il dibattito pubblico sul principio di legalità nei processi

costituita, secondo Casalnuovo, dall'aggravante indefinita introdotta dall'art. 1 d.l.l. 10 maggio 1945, n. 234 sulle *disposizioni penali di carattere straordinario*. La norma comminava la reclusione sino a 20 anni e, « nei casi più gravi », l'ergastolo o la morte ai colpevoli di rapina armata portata a segno approfittando di circostanze di tempo, luogo e persona tali da ostacolare la difesa. Poiché la legge non precisava quali fossero i *casi più gravi*, il giudice avrebbe potuto ricorrere all'art. 133 c.p. Lo strappo pareva a Casalnuovo particolarmente inquietante non solo per l'entità della sanzione, ma anche perché lo stesso d.l.l. sottraeva alla Cassazione il controllo sulle pronunce e lo rimetteva, nei casi di arresto in flagranza, ad un Tribunale Militare Straordinario ⁽⁹³⁾.

10. Conclusioni.

La vicenda delle aggravanti generiche, pur cronologicamente circoscritta, aiuta a misurare l'elevata valenza simbolica acquisita dal tema delle circostanze nella transizione della penalistica italiana verso la democrazia costituzionale. La pietra dello scandalo era il 62 *bis*. La dottrina meno compromessa con il regime intuiva che la novella avrebbe alleviato la cappa sanzionatoria del codice del 1930 e dischiuso spazi di discrezionalità giudiziaria, nella convinzione più o meno sottintesa, ma tutto sommato condivisa e in fondo legittimata da certi passaggi della *Relazione* Rocco, che il rigorismo legislativo andasse riequilibrato in sede processuale dal libero apprezzamento del magistrato.

Il consenso su questa premessa non risparmiava cospicue divergenze scientifiche e applicative. Era controverso se la discrezionalità giudiziale intervenisse nella ricostruzione della fattispecie legale o al momento della quantificazione della pena; se la *specificazione* dei motivi di attenuazione andasse guidata dai criteri dell'art. 133 o fosse sganciabile da questi ultimi. Le oscillazioni comportavano un costante riposizionamento sistematico, in rapporto alla possibilità di

di collaborazionismo è ora sintetizzato da G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 18-19.

⁽⁹³⁾ CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, cit. in nt. 90, pp. 1219-1220.

immaginare una categoria unitaria di attenuanti ⁽⁹⁴⁾. E, soprattutto, imponevano un approccio prettamente giurisprudenziale: non a caso il dibattito si dipanò prevalentemente entro una fitta rete di note a sentenza. Da esse traspare il progressivo superamento, nel corso degli anni Cinquanta, della tendenza a vedere nelle generiche « un indifferenziato e nebuloso giudizio complessivo di indulgenza, una specie di potere parziale di grazia giudiziale » ⁽⁹⁵⁾. S'affacciava ormai una generazione di studiosi che reclamava una discrezionalità vincolata ai principi costituzionali: in quest'ottica le attenuanti generiche riassumevano inaspettatamente la missione, già auspicata da Manzini, di veicolare l'*aequitas*, la giustizia del caso concreto, nel cuore della modernità penale ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Alle « oscillazioni circa la collocazione sistematica delle attenuanti generiche » accenna DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit. in nt. 44, p. 298.

⁽⁹⁵⁾ Così, in senso critico, FOSCHINI, *Attenuanti generiche* (1952), cit. in nt. 31, p. 268. Anche per CORDERO, *Circostanze « generiche »*, cit. in nt. 33, p. 826 la dottrina si era finalmente *districata* dall'associazione concettuale tra generiche e potere d'indulgenza.

⁽⁹⁶⁾ È la nota posizione di BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. in nt. 35, spec. pp. X e 64-66 (art. 133 c.p. come fondamento « positivo » del concetto di discrezionalità; rifiuto dell'apriorismo concettualistico e ancoraggio al dato testuale); ivi, pp. 93-100 (lettura dell'art. 133 c.p. alla luce dei principi costituzionali); ivi, p. 102 (discrezionalità penale come « equità », « giudizio del caso concreto »). Dell'ultimo passaggio Bricola era espressamente debitore, pur con qualche dissenso (ivi, pp. 67-71), nei riguardi di MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit. in nt. 28, spec. pp. 196-199; ivi, pp. 106-110 per la sottolineatura, e proprio in riferimento al 62 *bis*, del carattere non extra-legale dell'equità. Nei decenni seguenti la penalistica avrebbe riportato l'attenzione sull'incidenza delle circostanze nella « commisurazione della pena »: cfr. STILE, *Il giudizio*, cit. in nt. 44, p. 47; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit. in nt. 1, pp. 3-5. Il recente saggio di CAPUTO, *Le circostanze* (2010), cit. in nt. 34, p. 182 si apre tuttavia constatando come « intorno alle attenuanti generiche si gioc[hi] » la partita dei « rapporti tra legalità ed equità ».

GIANCARLO DE VERO

LE CIRCOSTANZE DEL REATO TRA DETERMINAZIONE LEGALE E COMMISURAZIONE GIUDIZIALE DELLE PENE

1. Le circostanze del reato al cospetto del binomio “legalità-discrezionalità”: un ‘bivio’ o una coerente continuità di sviluppo? — 1.1. Le tracce dell’alternativa nell’evoluzione storica delle codificazioni penali moderne e nei corrispondenti orientamenti della dottrina. — 2. L’originaria disciplina del codice Rocco: una combinazione di legalità e discrezionalità di non semplice decifrazione — 2.1. Il raffinato meccanismo di applicazione delle circostanze comuni. — 2.2. L’apparente incongruenza della previgente formulazione dell’art. 69 c.p. e la distinta collocazione delle circostanze “autonome” e “indipendenti”. — 3. L’incoerenza della successiva (sedicente) politica legislativa penale in materia di circostanze del reato. — 3.1. Lampi di eterogenesi dei fini e riemersione di una potenziale reintegrazione sistematica. — 4. Rilievi comparatistici e prospettive *de jure condendo*.

1. *Le circostanze del reato al cospetto del binomio “legalità-discrezionalità”: un ‘bivio’ o una coerente continuità di sviluppo?*

Il sottotitolo, che definisce l’oggetto della nostra giornata di studi mediante il riferimento alternativo a “legalità e discrezionalità”, circoscrive a mio avviso nel modo più appropriato l’inquadramento suggerito dal più ampio riferimento alla “attualità e storia” delle circostanze del reato. Non soltanto una ondivaga prassi legislativa, ma anche gli orientamenti della dottrina, che ha continuato ad interessarsi dell’istituto nell’ultimo quarantennio, hanno posto risolutamente in primo piano l’articolazione tra determinazione legale e commisurazione giudiziale della pena quale dimensione di reale “attualità” della vicenda delle circostanze del reato, emarginando i più risalenti profili relativi alla caratterizzazione differenziale, sul piano della fattispecie, degli *accidentalia delicti* rispetto agli

elementi costitutivi del reato ⁽¹⁾. Se dunque anche in campo giuridico il ricorso alla “storia” non può non assumere quali principi di orientamento le esigenze di approfondimento e di chiarificazione proposte dal tempo presente, la precisazione dell’oggetto di studio non poteva essere più perspicua.

Conviene subito sottolineare che la configurazione del binomio legalità-discrezionalità in termini di ‘bivio’, presso cui le circostanze del reato stazionerebbero o lungo il quale si inoltrerebbero con andamento altalenante, corrisponde certo alla macroscopica evidenza dell’istituto, tanto nelle manifestazioni relativamente più recenti quanto in quelle più risalenti della sua inesausta vicenda legislativa. La metafora intende significare che il ricorso alle circostanze del reato, nella prospettiva del complessivo processo di determinazione o individuazione della pena, possa muoversi nella direzione di precisi vincoli legali, con conseguente sensibile riduzione dei momenti di discrezionalità giudiziale, ovvero in quella — divergente, come appunto si conviene ad un ‘bivio’ — della piena valorizzazione dell’apprezzamento discrezionale nel momento dell’applicazione della pena. L’alternativa così rappresentata non sarebbe di per sé priva di una sua dignità politico-criminale, in quanto esprima orientamenti di fondo di un determinato sistema penale, i quali, salva la compatibilità con superiori indicazioni di rilievo costituzionale sulla funzione della pena e ove perseguiti coerentemente dal legislatore, meriterebbero comunque apprezzamento da parte dello studioso.

Sennonché l’esperienza storica del ricorso all’uno o all’altro paradigma evidenzia un deteriore connotato di disvalore che ha molto poco da spartire con un serio intento di privilegiare, nella determinazione delle pene in rapporto ad un’ipotesi di reato, il momento della tipizzazione legale degli elementi a riguardo rilevanti

⁽¹⁾ Per comune riconoscimento della dottrina successiva (v. in particolare A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, pp. 589 e ss.) lo spostamento degli interessi degli studiosi dal piano della fattispecie circostanziata a quello dei riflessi sulla commisurazione della pena in senso lato viene ricondotto a due monografie degli anni settanta e ottanta: rispettivamente, A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra la circostanze*, Napoli, Jovene, 1971 e G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983.

o di contro la discrezionalità giudiziale, concepita nella sua ‘nobile’ vocazione di risoluta apertura ad una vera e propria individualizzazione della pena, attenta non solo alle sfumature di gravità del caso concreto, ma anche e soprattutto della personalità del delinquente cui la sanzione va applicata ⁽²⁾. Il più delle volte il ricorso alla discrezionalità assume l'imbarazzante significato di rinuncia del legislatore alle sue primarie responsabilità politico-criminali, attinenti ad una corretta individuazione e ad un costante monitoraggio delle cornici edittali di pena, e di accolto al giudice del compito improprio di manipolarne l'applicazione in concreto, in funzione sostitutiva di modifiche per lo più *in mitius* della determinazione legale delle sanzioni. Per converso, occasionali recuperi di ‘legalità’, nel senso di rendere di applicazione obbligatoria e non più facoltativa taluni profili di disciplina dell'istituto, rispecchiano la speculare preoccupazione del legislatore di un abuso in senso indulgenziale della discrezionalità giudiziale, ritenuto incompatibile con le aspettative di tutela nutrite dal contesto sociale di riferimento.

Questa non esaltante ricostruzione del rapporto del nostro istituto con il binomio legalità-discrezionalità rispecchia certo fedelmente — come si vedrà più avanti ⁽³⁾ — le più recenti vicende legislative che hanno interessato il nostro sistema penale. Ma si ingannerebbe chi ritenesse che il ‘vizio’ ora denunciato non sia in realtà risalente, fino ad intaccare quasi dall'origine la moderna evoluzione delle circostanze del reato. Basti pensare alla vicenda storico-comparatistica delle attenuanti indefinite (“generiche” nella terminologia del nostro codice). Confinare in una dimensione molto ristretta nell'originaria disciplina del codice penale napoleonico, ma

⁽²⁾ Sul principio di individualizzazione nella moderna esperienza giuridico-penale v., di recente, M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013. Non è peraltro mancato talora, nel secolo scorso, un uso unitario del sostantivo “individualizzazione”, di volta in volta qualificato dagli aggettivi pertinenti alle distinte fasi del ciclo della pena: G. NOVELLI, *Primi lineamenti di una teoria della individualizzazione della pena nelle sue tre fasi: legislativa, giudiziaria, esecutiva*, in *Studi in onore di M. D'Amelio*, Roma, Il Foro italiano, 1933, pp. 454 ss. In termini di attualità dogmatica appare oggi più corretto distinguere a riguardo tra *determinazione legale* e *commisurazione giudiziale* delle pene.

⁽³⁾ *Infra*, n. 3.

già dotate di una precisa efficacia extraeditale ⁽⁴⁾, le *circostances atténuantes* conoscono ben presto un rigoglioso sviluppo a partire dal 1832. Evoluzione, questa, certamente non deprecabile di per sé, ove fosse stata assistita dall'intento politico-criminale che in tempi moderni viene accreditato, con eccessivo ottimismo, a soluzioni del genere: consentire al giudice di disporre, al di là del sistema di attenuanti tipiche, di una generale abilitazione a cogliere nelle peculiarità del caso concreto precisi elementi di valore, significativi di minore riprovevolezza, altrettanto idonei a giustificare una riduzione della pena al di sotto del minimo editale ⁽⁵⁾. Sennonché è largamente riconosciuto che il progressivo ampliamento delle circostanze attenuanti indefinite nella legislazione penale francese, fino a renderle coestensive all'insieme delle incriminazioni, scaturì dal precoce 'invecchiamento' delle comminatorie legali, avvertite nella prassi giudiziaria come talmente inique da suggerire il ricorso ad indiscriminate assoluzioni pur di evitarne l'applicazione ⁽⁶⁾. Di fronte a questo preoccupante fenomeno il legislatore francese, inaugurando la deteriore linea di intervento che tanta fortuna avrebbe incontrato fino ai giorni nostri, decide di astenersi dal percorrere la via maestra di aggiornare le singole previsioni di pena, preferendo scaricare la responsabilità di un sostanziale abbattimento dei minimi

⁽⁴⁾ L'art. 463 del *code pénal* del 1810 — qui richiamato nella traduzione ed edizione ufficiale italiana: *Codice dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia*, Milano, 1815 — abilitava il giudice a discendere al di sotto dei minimi generali rispettivamente fissati per le pene *correzionali* della detenzione e della multa « se il danno arrecato non ecceda le lire venticinque e se le circostanze sembrino attenuanti ». Le circostanze attenuanti dotate di efficacia modificativa della pena editale (*proprie* secondo la nostra moderna terminologia) si identificano dunque sin dagli esordi con le circostanze indefinite, ponendo il germe del problematico dualismo con le circostanze altrettanto indeterminate, ma di rilevanza intraeditale (*improprie*), che sarebbero successivamente emerse negli ordinamenti penali più evoluti.

⁽⁵⁾ Alludo chiaramente alla 'classica' monografia di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959.

⁽⁶⁾ Cfr., tra gli altri, J. LARGUIER, *Droit pénal général e procédure pénal*, Paris, Dalloz, 1979⁸, p. 72. Già sul finire del diciannovesimo secolo C. STOOS, *Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Basel-Genf, 1893, p. 74, aveva rilevato lo stretto collegamento della soluzione francese delle attenuanti generiche con un sistema sanzionatorio caratterizzato da pene editali troppo severe.

edittali sul potere discrezionale dei giudici (7); ‘missione’ subito recepita dalla prassi giudiziaria, che si ritenne immediatamente autorizzata ad un’applicazione indiscriminata delle attenuanti indefinite, al di fuori di ogni effettiva e seria indagine sui profili peculiari del caso concreto che potesse promuovere selettivamente una “riduzione straordinaria” della pena.

Eppure il rapporto tra le circostanze del reato “comuni” (8), definite o indefinite, e il binomio legalità-discrezionalità non è necessariamente inquadrabile nei termini finora discussi. Esiste un paradigma alternativo, al quale è stata particolarmente sensibile la dottrina penalistica europea della seconda metà del novecento, interessata a proporre una qualche normazione della commisurazione giudiziale della pena, fino a cercare di costruire — anche qui, probabilmente, con una punta di ingenuo ottimismo — uno *Strafzumessungsrecht* (9). La formula che ispira questo orientamento è quella della “discrezionalità vincolata”: legalità e discrezionalità non si pongono, nell’economia del complessivo processo di determinazione delle pene, come momenti divergenti, se non conflittuali, una

(7) Una precisa consapevolezza di tale scelta mostrava G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, vol. III, Torino, 1892, pp. 701 e ss., quando osservava come, a voler mitigare l'eccessivo rigore delle pene previste dal *code pénal*, « due vie erano aperte. La prima quella di prendere in esame ogni ipotesi del Codice [...] e di abbassare nello stesso tempo il minimo di cadauna pena, onde lasciare ai Giudici una più grande latitudine nella applicazione di esse. La seconda, consisteva semplicemente nello stabilire una facoltà generale di abbassare [...] tutte le pene *senza intraprendere la riforma del Codice* con una sola disposizione che dovesse operare su tutti i reati e su tutte le pene comprese nel Codice stesso. *Il primo sistema, senza dubbio più laborioso, sarebbe stato il più sicuro* [...], siccome quello che avrebbe condotto alla più saggia applicazione dei principii del Diritto penale ed alla più esatta distribuzione della giustizia; *ma il secondo era il più facile, e fu adottato* » (corsivo mio).

(8) È appena il caso di sottolineare che tutto il discorso che si è avviato e sarà nei paragrafi successivi sviluppato riguarda le circostanze che siano previste nella parte generale dei codici e non quelle “speciali” e in particolare “autonome” o “indipendenti”: per le circostanze comuni può porsi, sul piano storico e dogmatico, la questione dell’attinenza ai criteri di determinazione legale oppure di commisurazione giudiziale delle pene; le altre si presentano invece univocamente come elementi integrativi di norme incriminatrici speciali dotate di distinte pene edittali.

(9) Basti qui citare i due lavori monografici che hanno avuto la maggior diffusione nei rispettivi ambiti, tedesco e italiano: H.-J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, Köln, Heilmann, 1967; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.

sorta di ‘due forni’ ai quali il sistema penale ricorra con disinvoltata alternanza a seconda degli umori del contesto sociale di riferimento che intende assecondare. Al contrario la predeterminazione legislativa di circostanze, sia *proprie* che *improprie* ⁽¹⁰⁾, dovrebbe rappresentare un principio di orientamento del processo di applicazione della pena al caso concreto, sottratto al mero arbitrio giudiziale e incanalato lungo direttrici di valore-disvalore la cui piena attuazione in concreto va naturalmente rimessa ad una discrezionalità appunto ‘vincolata’.

Ciò posto, si ingannerebbe di nuovo chi ritenesse che questa più corretta articolazione del binomio legalità-discrezionalità sia espressione esclusiva della sensibilità penalistica contemporanea. Se l’indagine storica viene fatta partire non dal *code pénal* del 1810, dal quale abbiamo preso le mosse, ma dagli esordi illuministici della codificazione penale, apparirà chiaro come i riferimenti a sia pur embrionali sistemi di circostanze comuni del reato siano stati concepiti in quella temperie nel segno di un’intima continuità di sviluppo tra i momenti della determinazione legale e della commisurazione giudiziale della pena: non già contingente manipolazione della prima ad opera del giudice, ma coerente affinamento, attraverso la seconda, di un processo di individuazione della responsabilità penale non ulteriormente praticabile nella sede legale necessariamente governata dall’astrattezza e dalla generalità.

1.1. *Le tracce dell’alternativa nell’evoluzione storica delle codificazioni penali moderne e nei corrispondenti orientamenti della dottrina.*

Molto interessante, in questa prospettiva, appare già la soluzione presente nel codice giuseppino del 1787. A seguito di un complesso procedimento di determinazione legale della pena, attraverso il triplice passaggio della *specie*, della *durata* e del *grado*, si

⁽¹⁰⁾ Tale distinzione è tipica della vicenda legislativa italiana e della interpretazione che ne ha comunemente fornito la dottrina: vere e “proprie” circostanze sono quelle, prevalentemente tipizzate, costruite come fattori di modificazione delle comminatorie legali; “improprie” sono di contro le circostanze assunte dall’art. 133 c.p. come criteri di commisurazione giudiziale. Per un superamento della dicotomia, nella prospettiva di una omogeneità funzionale dei due sistemi di circostanze comuni, v. *infra*, n. 2.1.e 2.2.

perveniva infine ad un determinato intervallo temporale, la cui definitiva concentrazione su di una misura puntuale il paragrafo 14 dell'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* rimetteva al giudice, con l'obbligo di « osservare un giusto equilibrio fra il delitto e la pena e di confrontare a questo fine tutte le circostanze » del « delitto » e del « delinquente »: siamo indubbiamente di fronte ad un primo tentativo, certo molto embrionale, di enucleare un sistema di circostanze comuni ⁽¹¹⁾ da valere come criteri legali di commisurazione giudiziale delle pene.

Ancora più significativa di una “originalità prenapolenica” ⁽¹²⁾ è la disciplina proposta in materia dal *Progetto di codice penale per la Lombardia Austriaca* elaborato nel 1791 ⁽¹³⁾. Nel contesto di una tecnica comminatoria più progredita di quella adottata dal codice penale austriaco, poiché al complicato sistema del rinvio alla *durata* e al *grado* delle pene temporanee viene sostituita l'esplicita menzione del minimo e massimo edittale in ciascuna norma incriminatrice, il paragrafo 10 del *Progetto* enuncia con sorprendente modernità la cifra teorica del sistema di pene « relativamente determinate » che intende promuovere: « La facoltà del Giudice nel prescrivere la pena è circoscritta dalla legge fra certi limiti, affinché egli abbia un esatto riguardo alle diverse circostanze del delitto e del delinquente ». Tali circostanze vengono quindi disegnate secondo uno schema ben più articolato di quello conosciuto dal codice giuseppino, mentre diverse disposizioni della “parte speciale” ⁽¹⁴⁾ giungono a tipicizzarle, a specificarne la rispettiva valenza aggravante o attenuante e addirittura a fornirle di precisa incidenza sull'individuazione della quan-

⁽¹¹⁾ Così A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 144 e ss. Ritiene invece non doversi sopravvalutare il ruolo delle circostanze del reato nell'*Allgemeines Gesetz*, dati i ristretti margini che il complesso sistema di determinazione legale lasciava alla definitiva individuazione della pena, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 523. Quel che tuttavia val la pena di sottolineare è come già nel primo codice penale dell'Europa moderna le “circostanze” vengono presentate come esclusivi criteri di commisurazione giudiziale della pena, senza alcun effetto retroattivo sui momenti di determinazione legale delle stesse.

⁽¹²⁾ Ivi, pp. 7 ss.

⁽¹³⁾ Consultabile nell'opera citata nella nota 11.

⁽¹⁴⁾ I paragrafi 33, 62, 70, 75, 100, 118, 129 e 152 del *Progetto*.

tità concreta, sempre all'interno dei limiti edittali: una sorprendente anticipazione di quei criteri "logici" di commisurazione della pena che anche la dottrina contemporanea più sensibile all'esigenza di costruire uno *Strafzumessungsrecht* ritiene difficilmente praticabile in sede legislativa e compito piuttosto dell'elaborazione dogmatica.

Si è già detto come sia stato il codice napoleonico ad avviare il paradigma alternativo di circostanze comuni, allora solo attenuanti e indefinite, dirette a reagire sulle comminatorie legali. Su questa strada era pressoché inevitabile che si indirizzassero le successive codificazioni preunitarie, tutte fortemente influenzate da quel precedente, ad eccezione del codice penale toscano.

Sia le *Leggi penali del Codice del Regno delle Due Sicilie* del 1819, sia il *Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna* del 1859, confermano il disinteresse del legislatore per la commisurazione giudiziale della pena e la parallela trasformazione delle circostanze comuni, tuttora solo attenuanti, da criteri di individuazione della sanzione concreta, quali si erano presentate agli esordi illuministici della codificazione, in cause di modificazione della pena edittale. Il codice napoletano prevede in via generale nell'art. 468 la commutazione della pena « correzionale » del primo grado di « prigionia » in pena « di polizia », ove il giudice riscontri nel fatto « circostanze attenuanti del dolo » ⁽¹⁵⁾. Il codice sardo-italiano dedica addirittura un intero titolo (l'undicesimo del libro secondo) alle « circostanze attenuanti nei crimini e nei delitti », prevedendo una serie di circostanze, parzialmente o assolutamente indefinite, di applicazione ora facoltativa ora obbligatoria, che promuovono l'arretramento della pena edittale lungo la scala di gradazione che, nella parte generale, organizza gerarchicamente l'intero arsenale sanzionatorio ⁽¹⁶⁾.

Fisionomia del tutto diversa presenta il *Codice penale toscano* del 1853 ⁽¹⁷⁾. Ripudiato il macchinoso sistema dei "gradi" nella

⁽¹⁵⁾ *Leggi penali del Codice pel Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1819, p. 204.

⁽¹⁶⁾ *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna con l'aggiunta delle modificazioni portate dal R. Decreto 30 novembre 1865*, Milano, 1865, p. 206 s.

⁽¹⁷⁾ Per i successivi riferimenti testuali si rinvia a *Codice penale toscano con le variazioni ordinate dalla legge dell'8 aprile 1856 ed i regolamenti degli stabilimenti penali e di polizia punitiva*, Firenze, 1875³.

determinazione legale delle pene ⁽¹⁸⁾ e prescelta la moderna tecnica dei singoli spazi edittali ritagliati nell'ambito dei generali intervalli di durata delle varie specie di pene temporanee ⁽¹⁹⁾, il codice toscano riporta risolutamente in primo piano il potere discrezionale di irrogazione della pena, vincolandolo, all'interno della cornice legale, alle « circostanze del fatto e dell'agente » ⁽²⁰⁾. Per converso scompaiono le circostanze attenuanti con effetti sui minimi edittali di derivazione francese. Come a voler dire: quando il legislatore predispose un sistema di cornici di pena 'credibili' e affida alla giurisdizione il compito di proseguire nell'individuazione della responsabilità penale secondo criteri razionali di proporzione, non avverte più il bisogno di dotare il potere discrezionale del giudice dell'ulteriore facoltà di retroagire sugli estremi edittali.

Ma la ricostruzione della condizione delle circostanze del reato nella vigenza dei codici preunitari risulterebbe parziale se ci si limitasse alla ricognizione dei testi normativi e si trascurasse il

⁽¹⁸⁾ Si tratta — come è noto — del sistema adottato dalla maggior parte dei codici preunitari, sull'esempio, probabilmente, del già ricordato codice austriaco del 1787. Esso è caratterizzato dalla ripartizione del complessivo intervallo di durata delle varie pene temporanee in ulteriori segmenti, organizzati gerarchicamente nelle "scale penali" delineate nella parte generale; le singole comminatorie di parte speciale si risolvono quindi nel semplice rinvio ad uno o più di codesti "gradi". Rispetto al codice napoleonico, che per lo più lasciava coincidere ogni comminatoria addirittura con l'intera estensione della pena temporanea, tale sistema presentava il vantaggio di predisporre spazi edittali più contenuti, come non mancava di rilevare la dottrina contemporanea (v. S. ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle Due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, vol. III, Napoli, 1833, p. 325 s.). Per una diffusa analisi del sistema dei gradi e dei motivi che ne consigliarono l'abbandono nel codice Zanardelli, v. G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, cit., vol. II, Torino, 1891, pp. 843 ss. e 872 ss.

⁽¹⁹⁾ Soluzione anticipata, come già osservato, dal progetto lombardo del 1791.

⁽²⁰⁾ Così recitava l'art. 63, all'interno del titolo della parte generale relativo alla « applicazione delle pene »: « quando è minacciata al caso una pena relativamente determinata, i tribunali debbono decretarla più grave, o più mite, entro i suoi limiti legali, secondo le circostanze e specialmente secondo il danno ed il pericolo del fatto medesimo, e secondo la malvagità e la forza della volontà dell'agente ». Appare altresì significativo come le uniche circostanze "proprie" — con efficacia cioè ultraedittale — previste nella parte generale fossero le diminuenti relative all'imputabilità e alla recidiva (art. 37, 38, 40, 41, 64 e 85): vale a dire le attuali circostanze « inerenti alla persona del colpevole » che, non a caso, l'originaria versione dell'art. 69 c.p. sottraeva, insieme alle « circostanze autonome e indipendenti », al giudizio di bilanciamento (*infra*, n. 2.2).

‘formante’ dottrinale. Approfondendo l’indagine in tale direzione, è dato riscontrare un significativo diffuso interesse nei confronti della commisurazione giudiziale della pena all’interno degli spazi edittali e del ruolo a riguardo ascrivibile alle circostanze comuni.

Alcuni lustri dopo l’entrata in vigore del codice delle Due Sicilie, un autorevole giurista meridionale sottolineava la necessità di procedere in sede dottrinale ad un’adeguata elaborazione di un sistema di aggravanti e attenuanti, concepite, con chiara consapevolezza teorica, quali regole di orientamento del potere discrezionale del giudice nella latitudine già circoscritta dalla legge; potere inteso, a sua volta, come orientato a proseguire l’attività di determinazione legale fino all’individuazione della pena concreta sulla base degli stessi parametri già assunti per la valutazione di gravità del reato in sede legislativa ⁽²¹⁾.

Analogo atteggiamento esprime la dottrina che lavora con il codice sardo-italiano del 1859. Traendo spunto dalla presenza nella parte speciale di questo testo di talune circostanze aggravanti con efficacia contenuta nei limiti edittali, si argomenta l’esistenza di un divieto generale per il giudice di applicare il massimo edittale quando non ricorrano circostanze di significato pari a quelle tipicizzate, « altrimenti il concetto di proporzione del legislatore sarebbe falsato, e la pena inflitta riuscirebbe necessariamente ingiusta » ⁽²²⁾. Negli stessi anni si levava la voce del Carrara, che auspicava l’avvento di ulteriori criteri legali di individuazione della pena all’interno dei limiti edittali nel senso di « imporsi che mai si infliggesse

⁽²¹⁾ S. ROBERTI, *Corso completo*, cit., pp. 3 ss., 33 ss. e 335 ss. Ma l’A. non nasconde una vena di scetticismo circa l’effettiva influenza sulla prassi del programma di razionalizzazione della commisurazione giudiziale della pena da lui proposto, quando afferma che « sventuratamente l’esperienza dimostra purtroppo [...] che, sotto l’aspetto di una male intesa equità, si ardisce seguire costantemente il principio dell’applicazione della pena scritta nel *minimum* del grado, come se un reato dovesse presumersi sempre accompagnato da circostanze attenuanti, e come se la pena si appalesasse troppo rigorosa nel caso dell’applicazione in tutto il grado definitole, ad onta che le circostanze attenuanti realmente mancassero, e concorressero invece le aggravanti nel senso da noi qui contemplato » (pp. 336 ss.).

⁽²²⁾ V. COSENTINO, *Il codice penale del 20 novembre 1859 con le successive modificazioni per le provincie napoletane-siciliane e quelle generali per tutto il regno annotato*, Napoli, 1879⁴, p. 90.

il minimo dove non concorrano minoranti o attenuanti e mai il massimo dove non sono aggravanti » (23).

Una precisa eco di tali autorevoli suggerimenti della dottrina si riscontra nel *Progetto Mancini* di codice penale del 1876. Questo testo, mentre conservava le attenuanti indefinite con efficacia modificativa della cornice legale di pena, esibiva la novità di due cataloghi di circostanze aggravanti e attenuanti *tipiche* con effetti fondamentalmente ristretti all'escursione dello spazio edittale (24). Veniva prescritto che la presenza di un'attenuante o di un'aggravante dovesse determinare l'applicazione, rispettivamente del minimo o del massimo edittale, mentre « nella latitudine intermedia soltanto dovrà spaziare la estimazione del giudice pei casi ordinari » (25); e unicamente in caso di concorso di circostanze omogenee sarebbe risultata modificata, di un grado, la determinazione legale della pena.

Questi fermenti dottrinali non riescono tuttavia ad incidere sul primo codice penale dell'Italia unificata. Il Codice Zanardelli del 1889 non presenta in materia novità di rilievo rispetto alla tradizione dei codici preunitari. Permane il disinteresse legislativo per l'individuazione giudiziale della pena entro la cornice legale, mentre le circostanze comuni si risolvono ancora una volta nelle attenuanti indefinite con efficacia extraedittale (26). Tale permanente opzione suscita notevoli riserve da parte degli studiosi. Qualcuno di essi ribadisce il convincimento che delle attenuanti generiche debba farsi applicazione nello stretto ambito edittale, con esclusione della pos-

(23) F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Roma-Torino-Firenze, 1874, pp. 348 ss.

(24) Si legga il testo degli artt. 90 e 91 del Progetto Mancini, contenenti l'elenco delle circostanze, in U. CONTI, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in P. COGLIOLO, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, vol. I, pt. II, Milano, 1890, p. 392.

(25) Così la relazione Mancini, riportata da B. COCURRELLO, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940, pp. 13 ss.

(26) L'art. 59 del codice Zanardelli prevedeva che « se concorrano circostanze attenuanti in favore del colpevole, all'ergastolo è sostituita la reclusione per trent'anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto »; altra ipotesi di circostanze attenuanti comuni, a parte le cause di diminuzione dell'imputabilità e la recidiva, era data dalla provocazione, ex art. 51. È da notare l'esordio della variante tecnica della determinazione legale delle pene in presenza di circostanze caratterizzata dal ricorso alla variazione proporzionale, ma non ancora elastica, della pena.

sibilità di oltrepassare il relativo minimo: « senza di che, non si comprenderebbe a che al giudice si lasciasse tal latitudine di pena e, specialmente una latitudine così estesa » (27), mentre altri concentrano le critiche sul difetto di determinatezza della soluzione codicistica (28).

Ma i tempi sono ormai maturi perché si avvii in sede legislativa una seria riflessione su funzione, limiti e prospettive del controverso istituto delle attenuanti generiche. È quanto si riscontra in un documento di grande rilievo da un punto di vista storico-comparatistico: l'avamprogetto di codice penale svizzero elaborato nel 1893 da Carl Stooss, le cui disposizioni in materia, puntualmente recepite nel testo definitivo, informano tuttora la vigente codificazione elvetica (29). Lo Stooss si mostra consapevole del vizio di fondo che ha segnato la genesi 'francese' delle attenuanti generiche, cioè la contingente necessità politico-legislativa di porre rimedio per il tramite della discrezionalità giudiziale a livelli sanzionatori non più sostenibili; ritiene tuttavia sempre valido, al di là di questa originaria distorsione, un sistema che consenta al giudice di oltrepassare il minimo edittale in presenza di reali atteggiamenti di minore gravità in concreto del reato. Dovendosi però evitare una degenerazione indulgenziale di tale *außerordentliche Strafmilderung*, occorre stabilire talune garanzie, che vengono precisate nella predisposizione di un catalogo di attenuanti tipiche e nella loro applicazione facoltativa: quest'ultimo momento di disciplina è inteso in particolare ad evitare che sia dato ingresso alla più lieve previsione di pena quante volte l'accadimento concreto esprima, pur in presenza del profilo attenuante tipico, una complessiva fisionomia di ordinaria o addirittura rilevante gravità (30).

(27) U. CONTI, *Della imputabilità*, cit., p. 393.

(28) D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, 1916, pp. 108 ss., cui si rinvia anche per l'interessante rassegna degli orientamenti abolizionisti correnti in dottrina, nella triplice direttiva della pura e semplice abrogazione delle attenuanti generiche, della loro trasformazione in un catalogo di circostanze tipiche e della delimitazione dei loro effetti nello stretto ambito edittale; G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, vol. III, cit., pp. 703 ss.

(29) Si vedano gli artt. 48 e 48 a) della rinnovata parte generale del codice, di per sé risalente al 1937. Sul punto ancora *infra*, n. 4.

(30) C. STOOSS, *Motive zu dem Vorentwurf*, cit., p. 74.

Risulta di particolare interesse — in questa soluzione del problema della collocazione delle circostanze (ancora solo attenuanti) nella tensione tra determinazione legale e commisurazione giudiziale della pena — la combinazione che si realizza tra acquisita tipicità e permanente discrezionalità. La facoltatività della variazione della pena edittale non è qui connessa ad un'incompletezza di paradigma normativo, che rimetta al giudice il compito di selezionare il valore attenuante; il momento discrezionale è invece funzionale al raccordo, di cui si avverte la necessità, tra il singolo fattore, assunto senza riserve come attenuante in via generale e astratta, e i residui profili di concreta gravità del reato, che, valutati per la prima volta in sede giudiziale, potrebbero sconsigliare di dar corso al consistente effetto modificativo della pena scaturente dal primo.

Nel momento in cui, dunque, si perfeziona attraverso la tipicità l'efficacia 'ultraedittale' delle circostanze attenuanti comuni, questo residuo momento di discrezionalità assicura la permanenza di un canale di comunicazione con la commisurazione giudiziale della pena, alla quale del resto è intitolata, tanto nel risalente avamprogetto quanto nel vigente codice svizzero ⁽³¹⁾, la *sedes materiae* del catalogo delle attenuanti. Si avvia così quel caratteristico intersecarsi tra tipicità e discrezionalità che assumerà proporzioni vistose nel codice penale italiano del 1930, rendendo particolarmente problematico il compito di ricostruire sul piano dogmatico la funzione esercitata dalle circostanze del reato nell'instabile equilibrio tra determinazione legale e commisurazione giudiziale della pena.

2. *L'originaria disciplina del codice Rocco: una combinazione di legalità e discrezionalità di non semplice decifrazione.*

Il profilo innovativo che più immediatamente colpisce, ad un primo esame della normativa contenuta nel codice vigente, risulta dalle dimensioni davvero ragguardevoli assunte dall'insieme delle circostanze comuni tipiche: fenomeno che si presta ad una distinta lettura. Mentre la predisposizione del catalogo delle attenuanti può interpretarsi come prosecuzione della linea politico-legislativa av-

⁽³¹⁾ *Infra*, n. 4.

viata dallo Stooss, intesa a conferire un più soddisfacente assetto normativo all'ormai consolidata istanza di *außerordentliche Strafmilderung*, la parallela e quasi speculare introduzione di un elenco di aggravanti comuni con efficacia 'ultraeditale' rappresenta invece un'autentica cesura nell'evoluzione storica dell'istituto, che non aveva lasciato intravedere segni anticipatori a riguardo. Fu l'aspirazione ad un malinteso equilibrio 'architetonico' a consigliare di bilanciare il catalogo delle attenuanti con uno omologo di aggravanti oppure, più semplicemente, un contingente sussulto di rigore sanzionatorio?

Certo è che la risoluzione del codice Rocco, volta a consentire il superamento di quegli stessi massimi edittali che contestualmente la parte speciale si incaricava di approntare con inusitato rigore, si colloca nettamente al di fuori delle esigenze politico-criminali emergenti da centocinquanta anni di esperienza codificatoria. Abbiamo visto quanto precocemente la dottrina avesse denunciato la tendenza della prassi giudiziaria ad attestarsi sui minimi di pena, ignorando le regioni medio-superiori dello spazio editale. A fronte di questa consolidata situazione, che avrebbe dovuto semmai consigliare strumenti diretti a garantire l'effettività, in sede di applicazione giudiziale, dell'intero arco di previsione legale, il codice Rocco non esita invece a proiettare in direzione 'ultraeditale' le circostanze comuni aggravanti, sottraendo così ad una già esangue commisurazione della pena concreta proprio quei fattori che avrebbero potuto promuovere una soddisfacente esplorazione dei segmenti medio-superiori della comminatoria.

Ma l'effettiva consistenza di questa innovazione va meglio approfondita. Non sono necessarie puntuali indagini statistiche per poter dubitare che la prospettiva di superamento del massimo editale di pena, spavalamente annunciata dall'art. 64 e, in particolare, dall'art 66 del codice, abbia trovato effettiva attuazione ad opera di organi giudicanti da sempre inclini a privilegiare le regioni inferiori dello spazio editale; con ogni probabilità, l'aumento (anche plurimo) fino ad un terzo della pena base, applicato su valori prossimi o coincidenti con il minimo, ha finito per condurre a risultati non dissimili da quelli cui si sarebbe pervenuti ove le aggravanti comuni fossero state configurate, più realisticamente,

quali semplici criteri legali di commisurazione della pena all'interno della cornice del reato 'semplice'.

Dove invece l'accentuato rigore del sistema delle aggravanti comuni si è espresso in termini realmente sensibili, è stato a proposito dei molteplici effetti riconnessi alla sola previsione in astratto dell'efficacia 'ultraeditale', indipendentemente da un effettivo superamento in concreto del massimo di pena. Si tratta di profili che la successiva evoluzione della disciplina ha progressivamente eroso in rapporto alle circostanze comuni e 'ad effetto comune' ⁽³²⁾, ma che occorre qui puntualmente richiamare in un quadro storico-dogmatico: l'incidenza sull'individuazione del termine di prescrizione del reato, che l'originaria formulazione dell'art. 157, co. 1, c.p. orientava sull'aumento massimo di pena stabilito per le aggravanti, allo stesso modo del computo della pena editale in rapporto all'amnistia, alla competenza per materia del giudice penale, alla durata della custodia cautelare e all'emissione del mandato di cattura, anch'esso dipendente dalla considerazione del massimo di pena astrattamente applicabile al reato aggravato ⁽³³⁾.

Quanto fin qui osservato giova a ridimensionare il comune assunto che il riflesso più consistente sulle circostanze del reato dell'ideologia autoritaria del tempo sia stato espresso, nell'originaria disciplina del codice Rocco, dalla mancata riproduzione delle attenuanti generiche già conosciute dal codice Zanardelli, come confermerebbe l'introduzione dell'art. 62-*bis* tra le prime cure del legislatore a seguito del mutamento di regime politico ⁽³⁴⁾. Certo l'esclusione delle attenuanti comuni indefinite ben corrispondeva ai più generali orientamenti rigoristi del nuovo codice, ma non è appropriato stabilire una necessaria dipendenza dell'opzione o meno in favore di esse dal 'clima' liberale o autoritario del contesto politico di riferimento. Si farebbe in tal modo torto alla già rilevata diffusa e vivace opposizione alle attenuanti generiche da parte della dottrina italiana a cavallo di ottocento e novecento; mentre conviene sotto-

⁽³²⁾ *Infra*, n. 3.1.

⁽³³⁾ È appena il caso di ricordare come il computo della pena orientato sul massimo astrattamente applicabile sia stato invece mantenuto, in tutti questi istituti, con riferimento alle circostanze "autonome" e "ad effetto speciale": v. meglio *infra*, n. 3.1.

⁽³⁴⁾ Per tutti, A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit. pp. 80 ss.

lineare come analoga ripulsa dell'istituto abbia figurato in uno dei più articolati progetti di riforma del codice penale elaborati sullo scorcio del secolo scorso ⁽³⁵⁾.

Se il perfezionamento di cataloghi di attenuanti e aggravanti tipiche dotate di molteplici effetti sull'individuazione della pena edittale, unitamente all'abolizione delle attenuanti generiche, sottolineano l'impronta legalista del codice Rocco, non è tuttavia da credere che con il suo avvento siano definitivamente tramontati dall'orizzonte legale rilevanti momenti di discrezionalità. Al contrario, va registrato il riemergere dell'interesse nei confronti della commisurazione giudiziale della pena, mentre anche il sistema delle circostanze comuni esibisce inopinatamente significativi rinvii all'attività di concretizzazione della sanzione da parte dell'organo giudicante.

Vengono subito in evidenza gli artt. 132 e 133 c.p., che riportano alla ribalta lo schema di criteri 'fattuali' di irrogazione della pena già prospettato agli esordi illuministici della codificazione e di cui era rimasta visibile traccia, nella legislazione italiana, solo nel codice penale toscano. Si delinea così quel parallelismo tra circostanze 'proprie' (con effetti modificativi della pena edittale) e circostanze "improprie" (con effetti all'interno della cornice legale) che viene colto dai compilatori, senza tuttavia che risulti convincente il loro tentativo di fornirne una precisa connotazione differenziale. Da un lato viene affermata l'omogeneità di *ratio* tra le due categorie; dall'altro si insiste troppo nel sottolinearne la diversità di struttura in termini di tipicità e discrezionalità ⁽³⁶⁾, quando due importanti momenti della seconda hanno ormai fatto ingresso nella compagine normativa delle circostanze comuni "proprie": l'elasticità della variazione proporzionale della pena base, ai sensi dell'art. 63, co. 1, e l'intero istituto del concorso di circostanze eterogenee disciplinato dall'art. 69 c.p.

In ordine alla prima innovazione ⁽³⁷⁾i compilatori non espri-

⁽³⁵⁾ Alludo al *Progetto Grosso*, sul quale meglio *infra*, n. 4.

⁽³⁶⁾ *Relazione sul progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma, 1929, p. 110.

⁽³⁷⁾ Il codice Zanardelli aveva previsto sì la variazione frazionaria della pena in caso di concorso delle attenuanti indefinite (art. 59), ma in misura rigida.

mono una particolare consapevolezza. Ben precisa è invece la presentazione del giudizio di comparazione *ex art.* 69: qui i lavori preparatori introducono concetti e linguaggio chiaramente evocativi del potere discrezionale del giudice di individuazione della pena ⁽³⁸⁾, con ciò rafforzando il dubbio che sia ben lungi dall'essere stato conseguito un perfetto parallelismo, privo di collegamenti trasversali, tra i due sistemi di circostanze comuni proprie e improprie. Il momento della apparente massima divaricazione strutturale e funzionale comprende insomma i germi di un ravvicinamento, se non di una ricomposizione di prospettive: è questo il compito che deve assumersi un rinnovato approccio esegetico e dogmatico, sensibile in particolare ai postulati delle moderne teorie della commisurazione giudiziale della pena.

2.1. *Il raffinato meccanismo di applicazione delle circostanze comuni.*

L'art. 63, co. 1, c.p. istituisce un peculiare meccanismo di commisurazione giudiziale per il reato assistito da circostanze che determinano un aumento o una diminuzione della pena «entro limiti determinati». Vengono così in rilievo tutte le circostanze caratterizzate da variazione proporzionale ed elastica della pena base, comprensive innanzitutto dei cataloghi delle circostanze comuni *ex artt.* 61 e 62 c.p., le quali comportano, ai sensi rispettivamente dell'art. 64, co. 1, e dell'art. 65 n.3 c.p., l'aumento o la diminuzione fino a un terzo.

Il procedimento disciplinato dall'art. 63, co. 1, c.p. — e ribadito dal comma 2 per il caso di applicazione cumulativa di circostanze omogenee — si articola secondo una modalità bifasica: in un primo momento il giudice individua la quantità di pena che applicherebbe ove non concorresse la circostanza aggravante o attenuante; su questa pena-base viene quindi calcolato l'aumento o la diminuzione ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ *Relazione sul progetto*, cit., pp. 123 ss.

⁽³⁹⁾ Da questa consueta interpretazione delle norme in parola si è a suo tempo discostata l'opinione di chi ha ritenuto che anche in presenza di reato circostanziato verrebbe in considerazione l'ordinaria commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133

La prima fase sembra a prima vista non prospettare particolari questioni ermeneutiche. Eppure occorre domandarsi se il legislatore, facendo riferimento all'ipotetico mancato concorso della circostanza, abbia inteso indicare soltanto l'assenza della qualificazione in termini di circostanza "propria" di un certo profilo accessorio del reato oppure escludere dalla determinazione della pena-base anche il contenuto fattuale della qualificazione medesima. L'interrogativo in tanto assume consistenza, in quanto si consideri che le fattispecie circostanziali, e in specie quelle comuni, si presentano come specificazioni dei generici indici di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., di modo che i loro contenuti avrebbero pur sempre rilevanza giuridica, ai sensi di quest'ultima disposizione, anche se non assurgessero al rango di circostanze proprie: deve allora il giudice, nel determinare la pena-base *come se* non concorresse la circostanza aggravante o attenuante, solo attenersi allo spazio editale del reato semplice o deve per di più escludere da questa prima ricognizione il sostrato di fatto dell'una o dell'altra?

Si tratta, come è chiaro, di una questione di "doppia valutazione" di fattori di commisurazione della pena che vengono a convergere nel caso di reato circostanziato. Appunto sotto tale veste, essa non può dirsi di nuovo conio; sennonché la dottrina, pur facendovi spesso riferimento, la ha di solito confinata in secondo piano, per lo più quale controverso profilo applicativo delle attenuanti generiche, laddove l'eventualità di un *bis in idem* appare ancora più immanente in considerazione della struttura indefinita che connota tanto queste ultime quanto i criteri commisurativi di cui all'art. 133 c.p. La questione acquista invece rilievo centrale in un'indagine intesa a cogliere l'esatta articolazione del momento legale con quello discrezionale di determinazione delle pene nel reato circostanziato: se dovesse concludersi nel senso che la qualificazione circostanziale sottrae il corrispondente sostrato fattuale

c.p.: tale valutazione unitaria avverrebbe all'interno del più ampio spazio editale promosso dalle circostanze, mentre il disposto letterale dell'art. 63, co. 1 c.p. andrebbe inteso come vincolo per il giudice di dimostrare, in sede di motivazione, di essersi realmente attenuto alla diversa determinazione della pena operata dal legislatore: A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., pp. 89 ss. Per una diffusa critica di questa posizione, sia consentito rinviare a G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., pp. 51 ss.

all'insieme dei criteri a disposizione del giudice ai sensi dell'art. 133 c.p., per riservarlo alla seconda fase del complessivo procedimento richiesto dall'art. 63, co. 1, c.p., sarebbe giocoforza ammettere che le circostanze del reato, almeno quelle comuni, rilevano non tanto come cause di variazione della pena edittale quanto piuttosto come criteri *legali* incidenti sulla commisurazione giudiziale della pena, secondo cadenze che occorrerebbe peraltro ulteriormente sviluppare. Si aprirebbe così molto più che uno spiraglio per prospettare che l'originale fisionomia assunta dal nostro istituto nel codice penale vigente sia orientata verso quella *discrezionalità vincolata* che rappresenta, come osservato in apertura, la direzione più acconcia su cui possa indirizzarsi una consapevole politica legislativa in materia di circostanze del reato.

In altra sede ho ampiamente dibattuto la questione così insorta sotto entrambi i profili che possono risolvere la convergenza tra circostanze proprie e improprie nel senso dell'apparenza, con la conseguente necessità di evitarne la "doppia valutazione" nel processo bifasico di commisurazione della pena richiesto dall'art. 63, commi 1 e 2, c.p. Ho cercato di dimostrare, per un verso, la costanza del rapporto di specie a genere tra le due categorie e, per altro verso, la loro omogeneità funzionale, tale da corroborare, in direzione dell'apparenza del concorso, il principio di specialità con l'ulteriore principio dell'integrale valutazione giuridica del sostrato di fatto ad opera della norma potenzialmente prevalente ⁽⁴⁰⁾.

Appurato così che l'applicazione della circostanza "propria" sottrae il corrispondente indice generico all'apprezzamento della pena-base ex art. 133 c.p., occorre volgersi verso la seconda questione prospettata dall'esegesi dell'art. 63 c.p., anch'essa, come la prima, confinata di solito in ambito teorico ristretto eppure densa di notevoli e decisive implicazioni per l'oggetto di questa indagine. Posto che la modificazione della pena-base, almeno per le circostanze comuni, è prevista come elastica fino al raggiungimento della variazione frazionaria, ci si chiede quali criteri debbano governare questo ulteriore momento della discrezionalità giudiziale. Tradizionalmente l'alternativa viene posta tra un diffuso orientamento di carattere generale,

⁽⁴⁰⁾ G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., pp. 65 ss., 71 ss. e 86 ss.

inteso a ricondurre ogni istituto penalistico conformato in chiave discrezionale ai criteri di cui all'art. 133 c.p., ed una tesi che sostiene invece doversi far coincidere la graduazione della variazione della pena-base con l'intensità assunta nella concreta manifestazione storica dal valore o disvalore espresso dalla fattispecie circostanziale.

L'adesione a questa seconda soluzione è suggerita certo da talune 'classiche' argomentazioni, che opportunamente hanno rilevato come la riduzione di ogni ipotesi di discrezionalità penale al paradigma dell'art. 133 c.p. misconosce la funzione propria dei vari istituti strutturati in chiave discrezionale ⁽⁴¹⁾. Ma occorre qui aggiungere che si tratta del corollario pressoché necessario di quanto sopra appurato a proposito dell'esclusione della "doppia valutazione" dei convergenti sostrati fattuali della circostanza in senso proprio e del corrispondente criterio di cui all'art. 133 c.p.: sarebbe davvero singolare che tale doppia valutazione, esclusa rispetto al *singolo* indice nella determinazione della pena-base, coinvolgesse poi *tutti* i fattori di commisurazione della pena, quando si tratta di graduare l'effetto modificativo indotto dalla circostanza.

La ricostruzione del meccanismo applicativo delle circostanze del reato, in particolare "comuni", può dunque sintetizzarsi nei seguenti termini: *a*) scissione in due fasi del procedimento di commisurazione della pena; *b*) esclusione del contenuto della fattispecie circostanziale dal sostrato di fatto utilizzabile per la determinazione della pena-base; *c*) vincolo della modificazione elastica di questa all'intensità di manifestazione concreta del valore o disvalore espresso dalla circostanza.

Quanto fin qui osservato consente ora di affermare come già nell'originaria configurazione codicistica delle circostanze comuni — anteriore cioè alla progressiva emancipazione dai molteplici riflessi sulla determinazione delle pene edittali ⁽⁴²⁾ — la funzione più significativa dell'istituto poteva cogliersi nella predisposizione di un peculiare procedimento di commisurazione della pena, caratteriz-

⁽⁴¹⁾ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 20 ss. e 390 ss.; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, Morano, 1967, pp. 50 ss.; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., pp. 64 ss.

⁽⁴²⁾ Sul punto, *infra*, n. 3.1.

zato da un raffinato coordinamento tra determinazione legale e valutazione discrezionale idoneo ad implementare quella ‘continuità di sviluppo’ auspicata tra i due momenti ⁽⁴³⁾.

Per cogliere l'esatta natura di questo procedimento conviene partire da un'esemplificazione riferita ad un determinato fattore commisurativo assunto a contenuto di una circostanza comune tipica e comparare gli esiti cui conduce il meccanismo applicativo in parola con quelli cui sarebbe potuto pervenire il giudice in assenza della qualificazione circostanziale.

Consideriamo quest'ultima ipotesi. Un « danno patrimoniale di rilevante gravità » sarebbe stato comunque significativo ai sensi dell'art. 133, co. 1, n. 2 anche in assenza della previsione di cui all'art. 61, n. 7, c.p. Sennonché l'art. 133 c.p., apprezzato alla luce della moderna tripartizione dei criteri di commisurazione della pena ⁽⁴⁴⁾, si limita a segnalare i criteri “fattuali”, senza pretendere di fornire indicazioni circa i criteri “logici”, i quali sono realmente determinanti in vista della predisposizione di unadiscrezionalità vincolata nella commisurazione della pena. Non viene precisata la valenza tendenzialmente aggravante o attenuante (*Bewertungsrichtung*) degli indici, come è inevitabile in forza della generica enunciazione di essi; non si prospetta alcun orientamento a proposito della valutazione comparativa di fattori dotati di opposta valenza (*Gegeneinanderabwägung*); manca infine — pur dovendosi ammettere trattarsi qui dell'operazione commisurativa intrinsecamente più refrattaria alla soggezione a criteri normativi — ogni traccia riferibile alla conclusiva operazione di traduzione in grandezza numerica della valutazione complessiva di gravità del caso concreto (*Umwertung*). In tali condizioni, l'ipotetica mancata qualificazione in termini di circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità avrebbe sortito, nel confronto con l'insieme degli ulteriori indici rilevanti ai sensi dell'art. 133 c.p., esiti problematici. Il giudice avrebbe potuto ad esempio

⁽⁴³⁾ *Supra*, n. 1.

⁽⁴⁴⁾ Per la precisa caratterizzazione dei criteri *finalistici*, *fattuali* e *logici*, rispettivamente attinenti all'accertamento degli scopi della pena nella fase dell'applicazione giudiziale, all'individuazione delle circostanze di fatto con essi coerenti e infine alle vere e proprie operazioni commisurative, v. per tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit. pp. 16 ss.

attribuire all'opposto indice del grado minimo di intensità del dolo un peso del tutto preponderante, neutralizzando il disvalore di evento espresso dal primo; o, al contrario, avrebbe potuto conferire al danno rilevante un rilievo assorbente, cancellando il significato tendenzialmente attenuante dell'atteggiamento soggettivo riscontrato nell'agente.

L'intervenuta qualificazione della rilevante gravità del danno patrimoniale in termini di aggravante tipica realizza invece un mirabile equilibrio tra l'indice di particolare consistenza e l'insieme degli altri criteri che permangono al livello di generici fattori di commisurazione ai sensi dell'art. 133 c.p. Ripercorrendo le cadenze del meccanismo applicativo *ex art. 63*, commi 1 e 2, c.p., è possibile osservare come la struttura bifasica e la conseguente valutazione della circostanza propria unicamente nel secondo momento di essa assicurano, per un verso, un 'peso' indefettibile al sostrato fattuale ivi tipizzato, che non potrà essere travolto da altri fattori commisurativi dotati di opposta valenza. Per altro verso, tali ulteriori indici conservano una loro 'autonomia' nella preliminare determinazione della pena base, appunto perché disgiunti dall'ingombrante paragone con quello tra di essi tendenzialmente più significativo; il carattere proporzionale della modificazione indotta dalla circostanza assicura peraltro alla previa determinazione della pena base il ruolo fondante della complessiva operazione commisurativa. L'ultimo tocco viene dato dal carattere elastico dell'aumento o della diminuzione del primo ammontare della sanzione: assumendosi come guida dell'esercizio del relativo potere discrezionale l'atteggiarsi in concreto del valore o disvalore sotteso alla circostanza tipica, viene fornito un criterio che, senza scadere in una deprecabile dosimetria aritmetica, consente di graduarne il relativo peso.

L'originaria aspirazione delle circostanze del reato a fungere da criteri di orientamento del giudice nell'esplorazione della cornice editale di pena, che abbiamo visto contrassegnare gli esordi illuministici della codificazione penale, trova così attuazione, per una sorta di eterogenesi dei fini ⁽⁴⁵⁾, nel codice vigente, ponendosi in linea con

⁽⁴⁵⁾ L'esordio di un meccanismo di variazione proporzionale della pena base nel codice Zanardelli — sviluppato dal codice Rocco con l'aggiunta del carattere dell'elasticità — non era certo inteso a incidere sulla commisurazione giudiziale della pena; i

le moderne istanze di razionalizzazione della commisurazione giudiziale della pena nel segno di una discrezionalità vincolata.

2.2. *L'apparente incongruenza della previgente formulazione dell'art. 69 c.p. e la distinta collocazione delle circostanze "autonome" e "indipendenti".*

Merita altresì un attento esame, in vista di una compiuta decifrazione della soluzione fornita dal codice Rocco in ordine alla collocazione delle circostanze comuni nell'alternativa tra legalità e discrezionalità, l'originaria disciplina del giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti.

I primi tre commi dell'art. 69 c.p. introducono un momento di discrezionalità, nel procedimento di commisurazione della pena per il reato circostanziato, di gran lunga più consistente di quello racchiuso nel meccanismo di applicazione delle circostanze comuni omogenee e tale da suscitare a prima vista un moto di sorpresa nell'interprete, che constata una sorta di scompaginamento dell'attento dosaggio tra elementi di determinazione legale e di discrezionalità giudiziale già esibito dal legislatore nell'art. 63 c.p.. Mentre il secondo comma di tale ultimo dispositivo ribadisce l'applicazione distinta e successiva delle circostanze omogenee, replicando il meccanismo di cui al primo comma, l'art. 69 esclude perentoriamente che possa percorrersi la stessa strada in presenza di circostanze dotate di opposta valenza. In tal caso la valutazione discrezionale del giudice assume rilievo assorbente e decisivo, conducendo all'elisione di tutte le circostanze in concorso, ove ne venga ravvisata l'equivalenza, ovvero di quelle, aggravanti o attenuanti, che risultino soccombenti nella comparazione con le rispettive circostanze opposte. Questa sorta di contraddizione non mancò di essere a suo tempo autorevolmente rilevata da chi osservava « che se concorrono due aggravanti o due attenuanti si debba procedere ad un addizione e se invece un'attenuante concorre con un'aggravante non si debba

compilatori del codice del 1889 intendevano semplicemente predisporre una variante abbreviativa della determinazione di nuove pene edittali, in vista del carattere comune, destinato cioè ad una generale applicazione, delle circostanze coinvolte: si veda il passo della relazione del guardasigilli citato da G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, vol. II, cit., p. 876.

procedere ad una sottrazione, è, purtroppo, un'incoerenza bella e buona » ⁽⁴⁶⁾.

Ma l'obiezione più grave cui si è esposta la disciplina dei primi tre commi dell'art. 69 c.p. riguardava — e potrebbe essere tuttora riproposta — le conseguenze degli esiti del giudizio di comparazione. Se può considerarsi conveniente la neutralizzazione reciproca delle circostanze contrapposte delle quali sia dichiarata l'equivalenza, appare del tutto ingiustificata, se non iniqua, la totale elisione delle circostanze soccombenti, cui viene negato qualsiasi apporto compensativo rispetto all'applicazione di contro integrale delle circostanze prevalenti ⁽⁴⁷⁾: « il non tener conto volta a volta delle attenuanti o delle aggravanti, si riduce rispettivamente a una gratuita indulgenza e a una gratuita severità » ⁽⁴⁸⁾.

In realtà, tali perplessità sono destinate ad essere superate, se si opera il necessario collegamento sistematico delle discipline rispettivamente previste dagli artt. 63 e 69 c.p. Dal momento che l'applicazione o meno delle circostanze in concorso condiziona la promozione o meno del particolare meccanismo commisurativo di cui alla prima disposizione, il giudizio di comparazione deve necessariamente precedere ogni ulteriore determinazione, che sarà condizionata dall'esito della valutazione comparativa. Se il giudice riterrà l'equivalenza delle circostanze eterogenee, l'art. 63 uscirà definitivamente di scena e tutti i fattori di commisurazione, compresi quelli già assunti a oggetto delle qualificazioni circostanziali, rientreranno nella generale cornice dell'art. 133 c.p. Se invece sarà stabilita la prevalenza delle aggravanti o delle attenuanti, si darà luogo al concorso delle une o delle altre ai sensi del secondo comma dell'art. 63; ma ciò non comporterà affatto la *elisione* dei connotati di valore o disvalore delle circostanze rispettivamente soccombenti, i quali torneranno comunque ad essere oggetto di considerazione ai sensi

⁽⁴⁶⁾ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, pp. 223 ss.

⁽⁴⁷⁾ G. MAIANI, *Principio di legalità e principio di discrezionalità nella norma dettata dall'art. 69 cod. pen.*, in « Bollettino dell'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Pavia », 1965, pp. 154 ss.

⁽⁴⁸⁾ M. BOSCARELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei « vizi tecnici » del codice penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1977, p. 1256.

dell'art. 133 ai fini della determinazione della pena-base. Essendo peraltro tali indici dotati di una marcata consistenza, rispetto alle circostanze già originariamente improprie con le quali si trovano ora a dover concorrere a seguito dell'intervenuta 'degradazione', è presumibile che, nonostante la privazione della garanzia 'legale' di un peso specifico, siano idonee ad orientare l'individuazione della pena-base in direzione almeno parzialmente compensativa di quella impressa, nel successivo momento modificativo, dalle circostanze di fronte alle quali hanno dovuto cedere nel giudizio di bilanciamento.

In questi termini è allora operante quella sintesi compensativa tra circostanze di opposto segno, che veniva auspicata come soluzione alternativa alla disciplina dell'art. 69 da parte di chi sottolineava l'incongruenza dell'effetto di elisione delle circostanze soccombenti ⁽⁴⁹⁾. La retrocessione di queste alla fase di determinazione della pena-base permette ai relativi sostrati di fatto di esplicitare comunque una loro efficacia; si riproduce insomma quella sapiente combinazione, diretta ad assicurare la considerazione di tutti i fattori di commisurazione della pena, sia pure in momenti e con rilievo distinti, che costituisce l'essenza del meccanismo di applicazione delle circostanze comuni ⁽⁵⁰⁾.

Come è ben noto, l'originario quarto comma dell'art. 69 c.p. escludeva dal giudizio di comparazione, oltre alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, tutte le circostanze per le quali fosse prevista una specie di pena diversa (c.d. *autonome*) e per le quali la misura della pena fosse stabilita in modo indipendente da quella ordinaria del reato (c.d. *indipendenti*). La deroga, lungi dall'apparire arbitraria, confermava la compattezza sistematica dell'istituto delle circostanze del reato nella doppia articolazione di circostanze con

⁽⁴⁹⁾ G. MAIANI, *Principio di legalità*, cit., p. 155.

⁽⁵⁰⁾ Con riferimento ai criteri che debbano orientare la valutazione discrezionale nel giudizio di comparazione, si ripropone l'alternativa, già esaminata, tra ricorso all'insieme degli indici *ex* art. 133 c.p. e valutazione in concreto del grado di intensità espresso da ciascuna circostanza. L'adesione alla seconda soluzione va ribadita anche sotto questo nuovo profilo. Il giudice dovrà accertare la dimensione assunta in ciascuna circostanza concorrente dal valore o disvalore sotteso alla tipizzazione normativa, procedere al confronto e dare infine la prevalenza alle circostanze che più delle altre si presentino pregne del significato rispettivamente attribuito dalla previsione legale, oppure riconoscere l'equivalenza dei rispettivi gradi di intensità.

variazione frazionaria della pena e circostanze che realmente e ‘visibilmente’ promuovono una cornice legale del tutto distinta da quella prevista per il reato semplice. Trovava in particolare conferma la fondamentale ascrizione delle prime alla commisurazione giudiziale, ai sensi dell’art. 63, commi 1 e 2, c.p. e delle seconde alla determinazione legale delle pene; del resto l’esclusione di ogni contaminazione a riguardo veniva anticipata dall’originario comma quarto dell’art. 63, laddove era precisato come nel concorso omogeneo tra circostanze dell’una e dell’altra specie la variazione indotta dalle circostanze comuni (caratterizzate da modificazione proporzionale ed elastica della pena base) dovesse intervenire solo dopo l’attivazione della nuova cornice edittale promossa dalle circostanze autonome e indipendenti.

Questo limite posto all’operatività del giudizio di bilanciamento confermava l’ineccepibile correttezza dell’articolazione tra legalità e discrezionalità sperimentata in materia dal codice penale con la subordinazione della seconda alla prima: laddove il legislatore aveva costruito per il tramite di nuove cornici edittali vere e proprie ipotesi criminose speciali, strutturalmente non distinte da quelle configurate come reati ‘autonomi’⁽⁵¹⁾, era precluso al giudice di scompaginare le precise scelte di valore così effettuate attraverso un’indiscriminata estensione del suo potere discrezionale.

3. *L’incoerenza della successiva (sedicente) politica legislativa penale in materia di circostanze del reato.*

Possiamo a questo punto senz’altro affermare che la complessiva disciplina delle circostanze del reato contenuta nel codice Rocco, e in gran parte tuttora vigente, aveva realizzato un meritorio equilibrio tra istanze di legalità-tipicità e discrezionalità. Certo, permaneva ancora una collocazione ‘a metà del guado’ delle circostanze comuni, già saldamente insediate nell’ambito della commisurazione giudi-

⁽⁵¹⁾ La differenza, ad esempio, tra parricidio *ex art. 576* (omicidio aggravato) e omicidio del consenziente *ex art. 579 c.p.* (omicidio “autonomo”) — entrambe figure speciali rispetto all’omicidio comune — era apprezzabile solo in rapporto alla diversità di disciplina relativa all’imputazione soggettiva dell’elemento specializzante nel reato circostanziato (originario art. 59, co. 1, c.p.) e nel reato doloso o colposo (art. 43 c.p.).

ziale eppure dotate di persistenti riflessi, soprattutto delle aggravanti, sul computo della pena edittale rilevante nell'economia di vari istituti di diritto penale sostanziale e processuale. Ci si sarebbe dunque aspettato che il legislatore si dedicasse soprattutto a risolvere questa residua ambiguità; e le vicende evolutive si sono per una certa parte mosse in questa direzione, sia pure del tutto al di fuori di un consapevole indirizzo sistematico ⁽⁵²⁾. Sennonché il tratto più caratteristico delle novelle succedutesi sino a qualche anno fa, incentrate su ripetute modifiche del giudizio di bilanciamento, è dato da un'autentica devastazione del coerente tessuto normativo sopra ricostruito, esempio paradigmatico di quel deterioro rapporto tra legalità e discrezionalità illustrato in apertura ⁽⁵³⁾.

Il primo intervento sull'art. 69, co. 4, c.p., nel 1974, può dirsi contenda alla risalente genesi francese delle attenuanti generiche il non invidiabile primato di 'prototipo' di fuga del legislatore, per la via di un'indiscriminata espansione della discrezionalità giudiziale, dalla primaria responsabilità di confezionare comminatorie legali conformi alle istanze immanenti al contesto sociale di riferimento.

Come è ben noto ⁽⁵⁴⁾, la modificazione dell'art. 69 c.p., nel senso di prescrivere l'applicazione del giudizio di bilanciamento anche a fronte delle circostanze autonome e indipendenti, oltre che di quelle inerenti alla persona del colpevole, rappresentò esattamente il contrario di un meditato intervento volto ad innovare la disciplina generale delle circostanze del reato con una consapevole rappresentazione delle molteplici ricadute sistematiche. La riforma fu piuttosto diretta a conseguire il fine del tutto estrinseco di consentire un complessivo alleggerimento dei livelli sanzionatori, del quale il legislatore non intendeva assumersi la responsabilità politica attraverso la via maestra di interventi selettivi mirati su singole o deter-

⁽⁵²⁾ *Infra*, n. 3.1.

⁽⁵³⁾ *Supra*, n. 1.

⁽⁵⁴⁾ Resta fondamentale per un perspicuo e approfondito esame di quella vicenda legislativa e dei suoi riflessi sul sistema, specie in rapporto ai reati aggravati dall'evento, il coevo contributo di G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e « reati aggravati dall'evento »*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1975, pp. 3 ss.; v. anche, dello stesso Autore, *La riforma penale del 1974*, I, Milano, Giuffrè, 1975, p. 51.

minati gruppi di fattispecie ⁽⁵⁵⁾. Così l'esigenza vivamente avvertita, in particolare, di consentire la neutralizzazione delle insostenibili pene edittali previste per il furto aggravato *ex art.* 625 c.p. aprì la strada, tra l'altro, alla improvvida conseguenza di poter bilanciare con una qualsiasi attenuante il disvalore della morte o delle lesioni personali nei reati aggravati da tali eventi. Esito, questo, forse plausibile fintantoché è rimasto in vigore il regime di imputazione oggettiva delle aggravanti, ma non più raccomandabile a seguito della riforma dell'art. 59, co. 1, c.p. intervenuta nel 1990 ⁽⁵⁶⁾.

Una volta aperta questa breccia nell'unità sistematica della disciplina delle circostanze del reato, l'art. 69 c.p. è divenuto il terreno elettivo di incursioni di una sedicente politica criminale asservita ai moti più contingenti e contraddittori. Già a cavallo degli anni settanta e ottanta, l'art. 1, co. 3, e l'art. 2, co. 5, del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, recante misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica, intervenne sul giudizio di bilanciamento in un senso che, almeno ad una interpretazione letterale, apparve di un rigore inusitato. Sancendo l'impossibilità di considerare equivalenti o prevalenti le circostanze attenuanti rispetto all'aggravante della finalità di terrorismo, da un lato, e degli eventi mortali e lesivi conseguenti all'attentato terroristico di cui all'art. 280 c.p., dall'altro lato ⁽⁵⁷⁾, le norme in parola sembrarono

⁽⁵⁵⁾ Il carattere surrogatorio, rispetto ad una analitica revisione della legislazione penale, dell'ampliamento della discrezionalità giudiziale e in particolare della riforma dell'art. 69 c.p. è stato a suo tempo denunciato con insistenza in dottrina: tra gli altri, F. BRICOLA, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, pp. 270 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, pp. 174 ss.; G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze*, cit., pp. 6 ss.

⁽⁵⁶⁾ L'indiscriminata estensione del giudizio di comparazione, in particolare alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e tra queste alla diminuzione della minore età, non è sfuggita al vaglio di legittimità costituzionale, con conseguente dichiarazione di illegittimità dell'art. 69, co. 4, nella parte in cui consentiva la dichiarazione di prevalenza sull'art. 98 delle aggravanti comportanti la pena dell'ergastolo, così come la prevalenza o equivalenza delle circostanze aggravanti di un reato punito di per sé con l'ergastolo: Corte cost. 28 aprile 1994, n. 168.

⁽⁵⁷⁾ Queste ultime aggravanti erano da considerare sicuramente "indipendenti"; la prima, invece, determinando un aumento di pena superiore al terzo e per di più rigido

non solo ribadire la generale obbligatorietà del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee di qualsiasi specie, ma imporre addirittura il necessario esito di prevalenza delle aggravanti ⁽⁵⁸⁾. Questa interpretazione, già posta in dubbio da taluno ⁽⁵⁹⁾, venne definitivamente superata con riferimento all'aggravante della finalità di terrorismo a seguito delle sentenze della Corte costituzionale, intervenute nel 1985 ⁽⁶⁰⁾, che avallarono l'interpretazione secondo cui la nuova disciplina lasciava aperte al giudice due possibilità: o adottare il giudizio di bilanciamento, con conseguente prevalenza ed applicazione esclusiva dell'aggravante, oppure applicare le attenuanti sulla pena da questa promossa secondo la regola dell'art. 63, co. 3 c.p. ⁽⁶¹⁾. Su questa strada si sono successivamente inoltrati altri interventi legislativi ⁽⁶²⁾, contribuendo a costruire un insieme di

(« fino alla metà ») non si sottraeva al dubbio della pertinenza al novero delle circostanze “ad effetto comune”; dubbio risolutamente superato dalla riformulazione dell'art. 63, co. 3, c.p. ad opera della novella del 1984 — su cui meglio *infra*, n. 3.1. — che introdusse la categoria, di estrazione dottrinale, delle circostanze “ad effetto speciale”, definite appunto come « quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo ».

⁽⁵⁸⁾ Tra gli altri, G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 l. 6-2-1980 n. 15*, in « Legislazione penale », 1981, pp. 39 ss.; P.L. VIGNA, *La finalità di terrorismo e di eversione*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 59 ss. e 82 ss.

⁽⁵⁹⁾ Secondo C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in « Enciclopedia del Diritto », vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 1103, l'art. 1, co. 3, d. l. 15 dicembre 1979, n. 625, prescriveva semplicemente la sottrazione dell'aggravante alla comparazione con le attenuanti.

⁽⁶⁰⁾ Corte cost. 13 febbraio 1985, n. 38 e 3 luglio 1984, n. 194, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, pp. 1293 ss., con nota di G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*. Successivamente il legislatore pensò bene di dar corso all'interpretazione così fornita modificando — ai sensi dell'art. 4 l. 14 febbraio 2003, n. 34 — le norme in questione, nelle quali risulta ora esplicitamente l'alternativa tra l'adozione del giudizio di bilanciamento con necessaria soccombenza delle attenuanti e l'applicazione delle relative diminuzioni ai sensi dell'art. 63, co. 3, c.p.

⁽⁶¹⁾ Interpretazione anticipata, in dottrina, da E. GALLO-E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Patron, 1984, pp. 268 ss.

⁽⁶²⁾ Si vedano l'art. 7, co. 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, con riferimento all'aggravante del metodo e del fine agevolativo mafiosi; l'art. 280-bis, co. 5 c.p., in relazione alle aggravanti dell'atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi; il nuovo

aggravanti “privilegiate” o “blindate” ⁽⁶³⁾, cui viene assicurata la prevalenza sulle attenuanti ove il giudice non dia corso all’applicazione distinta e successiva delle une e delle altre.

Un soprassalto di rigorismo ha poi nuovamente inciso sulla formulazione generale del giudizio di bilanciamento. A seguito della novella del 2005 ⁽⁶⁴⁾, è stato escluso l’esito della prevalenza delle attenuanti sull’aggravante della recidiva reiterata *ex art.* 99 c.p. e sulle aggravanti del concorso di persone di cui agli artt. 111 e 112 c.p. L’irragionevolezza di questo nuovo intervento legislativo sul tessuto dell’art. 69 c.p., tale da compromettere i fondamentali principi di uguaglianza e il finalismo rieducativo della pena, non ha mancato di essere già più volte rilevato dalla Corte costituzionale, che ha avviato, con riferimento alla comparazione con la recidiva reiterata, la restaurazione della potenziale prevalenza di talune circostanze attenuanti speciali, quando la soluzione rigorista prefigurata dalla novella avrebbe determinato l’ingresso di cornici di pena assolutamente sproporzionate ⁽⁶⁵⁾. Il peso dei parametri costituzionali evocati (artt. 3 e 27, co. 3, Cost.) è di tale consistenza, da lasciar fondatamente presumere che l’opera demolitoria della Consulta proseguirà ancora nel tempo, rendendo sempre più palpabile la rozzezza degli interventi manipolativi del legislatore sulla disciplina del giudizio di bilanciamento.

Anche le attenuanti generiche — istituto che abbiamo visto tradizionalmente coniugarsi con intenti di alleggerimento del complessivo sistema sanzionatorio — non si sono sottratte ad occasionali sussulti rigoristi del legislatore. Il secondo comma dell’art. 62-*bis* c.p., introdotto dall’art. 1 l. 5 dicembre 2005, n. 251, limita il potere

comma 4 dell’art. 628 c.p. rispetto a talune aggravanti della rapina; l’art. 590-*bis* c.p. con riguardo a talune aggravanti dell’omicidio e delle lesioni personali colposi.

⁽⁶³⁾ Per un esame approfondito di tali ipotesi, v. A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, Giappichelli, 2010.

⁽⁶⁴⁾ Art. 3 l. 5 dicembre 2005, n. 251.

⁽⁶⁵⁾ La Corte costituzionale ha sinora dichiarato parzialmente illegittimo il divieto di prevalenza, nei confronti della recidiva reiterata, dell’attenuante del fatto di lieve entità di cui all’art. 73, co. 5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (Corte cost. 15 novembre 2012 n. 251), dell’attenuante del fatto di particolare tenuità nella ricettazione (Corte cost. 18 aprile 2014, n. 105) e dell’attenuante del caso di minore gravità nella violenza sessuale (Corte cost. 18 aprile 2014, n. 106).

discrezionale del giudice di concessione del beneficio in quanto sottrae alla sua ricognizione il criterio dell'intensità del dolo e l'insieme dei fattori da cui si desume la capacità a delinquere del reo ⁽⁶⁶⁾: limitazione operativa solo per chi incorra in recidiva reiterata nel commettere i delitti, se di una certa gravità, previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. Il terzo comma dell'art. 62-*bis*, introdotto dall'art. 1 d.l. 23 maggio 2008, n. 92, ha a sua volta escluso che l'assenza di precedenti condanne a carico del condannato possa essere posta a fondamento di per sé sola, della concessione delle attenuanti generiche. Va comunque sottolineato come la novella, nella misura in cui si sofferma, sia pure per escluderne la rilevanza, su elementi puntuali potenzialmente idonei ad esplicare efficacia attenuante, sembra avallare — nel contrasto di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla natura dei criteri che dovrebbero orientare la discrezionalità in materia — l'atteggiamento inteso a cogliere precise componenti di valore ai fini della concessione delle attenuanti generiche, senza richiedere una complessiva riconsiderazione della gravità del reato e della capacità a delinquere ai sensi dell'art. 133 c.p. ⁽⁶⁷⁾.

3.1. *Lampi di eterogenesi dei fini e riemersione di una potenziale reintegrazione sistematica.*

Parallelamente all'ondivaga evoluzione della disciplina sopra riassunta, si sono registrati taluni interventi legislativi i quali, certo al di fuori di una precisa visione sistematica, hanno contribuito a porre le premesse per una reintegrazione delle circostanze comuni e "ad

⁽⁶⁶⁾ Anche a riguardo è presto intervenuta una dichiarazione di illegittimità parziale della Consulta, con riferimento all'esclusione della condotta susseguente al reato dai criteri utilizzabili dal giudice, sempre per contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.: Corte cost. 7 giugno 2011, n. 183.

⁽⁶⁷⁾ Sui variegati orientamenti della giurisprudenza in materia, caratterizzati anche da occasionali richiami da parte dei giudici di legittimità alla necessità di riconoscere elementi di segno positivo suscettibili di apprezzamento puntuale, in modo da evitare che le attenuanti generiche diventino oggetto di una benevola concessione e quasi di un diritto, v. A. VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.A. De Francesco, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. II, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 58 ss.

effetto comune” ⁽⁶⁸⁾ in una chiara collocazione nello snodo tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene, in alternativa alle circostanze “autonome” e “ad effetto speciale”.

Si è già visto come gli effetti di rigore più sensibili, conseguiti all'introduzione nel codice vigente del catalogo delle circostanze comuni aggravanti, siano da rintracciare nella prassi non tanto in generalizzati superamenti in concreto dei già di per sé elevati massimi edittali, quanto piuttosto nell'incidenza sul computo in astratto della pena rilevante nell'economia di istituti di diritto sostanziale e processuale di tutt'altra natura rispetto alla commisurazione delle pene, a cominciare dal calcolo dei termini di prescrizione dei reati ⁽⁶⁹⁾. Sennonché, a partire dalla fine degli anni settanta, subentra un orientamento legislativo diretto a stabilire una netta separazione a riguardo tra aggravanti ad effetto comune, da un lato, e aggravanti autonome e ad effetto speciale, dall'altro lato.

I primi accenni in proposito si riscontrano nei decreti di concessione dell'amnistia, laddove la rilevanza delle aggravanti ad effetto comune, in vista del computo del massimo di pena edittale condizionante l'applicabilità del beneficio, è ormai eccezionale ⁽⁷⁰⁾.

Ma l'apporto più consistente nella direzione tracciata è fornito dalla l. 31 luglio 1984, n. 398, che interviene su tutti gli istituti del coevo codice processuale penale interessati da una previa determinazione del massimo edittale in rapporto alle varie fattispecie criminose, dall'individuazione dei termini massimi di custodia cautelare ai presupposti dell'arresto in flagranza e del fermo di polizia giudiziaria, alla obbligatorietà o facoltatività del mandato di cattura e alla competenza per materia del giudice ⁽⁷¹⁾: i novellati artt. 255 e 32 del

⁽⁶⁸⁾ Le due categorie ormai coincidono a seguito della novella (art. 5 l. 31 luglio 1984, n. 400) che, sostituendo il testo originario dell'art. 63, co. 3 c.p., ha definito le contrapposte circostanze “ad effetto speciale” come quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo. La coincidenza non è però biunivoca, poiché la variazione della pena entro un terzo può caratterizzare anche aggravanti o attenuanti speciali.

⁽⁶⁹⁾ *Supra*, n. 2.

⁽⁷⁰⁾ Si vedano l'art. 3 lett. c) d.p.r. 4 agosto 1978, n. 413, e l'art. 3 lett. c) d.p.r. 18 dicembre 1981, n. 744.

⁽⁷¹⁾ Per un'esauriente esame delle disposizioni in parola sia consentito il rinvio a G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistema-*

previgente codice di rito riservano l'incidenza sul computo del massimo di pena alle sole circostanze aggravanti che promuovono una pena di specie diversa e a quelle ad effetto speciale ⁽⁷²⁾.

A salvaguardia della rilevanza anche delle circostanze comuni rispetto alla determinazione della pena edittale rimanevano il secondo e il terzo comma dell'art. 157 c.p., a proposito dell'individuazione dei termini di prescrizione: autentica 'roccaforte' della concezione dell'insieme delle circostanze quali cause di modificazione delle cornici legali di pena in conseguenza di una diversa valutazione legale dei reati, in ragione tanto dell'esplicito riferimento all'aumento massimo e alla diminuzione minima indotti sul massimo edittale quanto dell'altrettanto espresso richiamo all'applicazione anche a tali effetti delle disposizioni dell'art. 69. A distanza di vent'anni è caduto anche quest'ultimo presidio. L'art. 6 l. 15 dicembre 2005, n. 251, ha ribaltato tale disciplina: da una parte ha escluso dal computo le circostanze aggravanti e attenuanti comuni, ribadendo invece la rilevanza delle aggravanti autonome e ad effetto speciale; dall'altra ha escluso che possa tenersi conto del giudizio di bilanciamento. Questo quadro normativo ha trovato infine recentissima conferma nell'art. 131-*bis*, co. 4, c.p. — introdotto dall'art. 1 d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 — a proposito del massimo di pena detentiva compatibile con l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto.

I tempi appaiono ormai maturi per un consapevole ripensamento in sede legislativa della natura e della funzione delle circostanze comuni del reato, che superi definitivamente gli elementi di equivocità ancora presenti nel codice vigente nella direzione suggerita non solo dalla ricostruzione storica, ma anche dai più significativi dati comparatistici.

4. *Rilievi comparatistici e prospettive de jure condendo.*

Se si allarga l'orizzonte alle codificazioni europee comparabili

tica. I riflessi delle novelle del 1984, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, pp. 49 ss.

⁽⁷²⁾ È appena il caso di ricordare che questa normativa è stata riprodotta nella disciplina dei corrispondenti istituti del codice processuale penale vigente.

con la nostra in ragione dell'ampio spazio riservato alle circostanze comuni del reato, è possibile riscontrare un preciso orientamento, diretto a coniugare espressamente l'istituto con la commisurazione giudiziale della pena nella prospettiva di una discrezionalità vincolata.

Significativa è la disciplina apprestata dal codice penale spagnolo. Una volta fissati i cataloghi delle circostanze che attenuano (art. 21) ⁽⁷³⁾ e aggravano (art. 22) la responsabilità penale, l'art. 66 ne precisa gli effetti all'interno del capo relativo all'applicazione delle pene. Si tratta invero di una normativa particolarmente complessa, che, considerata dall'angolo visuale della nostra esperienza giuridico-penale, può dirsi coniugare entrambe le funzioni riconoscibili alle circostanze comuni, di vincolo della discrezionalità giudiziale all'interno dello spazio edittale e di modificazione delle cornici legali di pena. La presenza di una sola attenuante impone al giudice di contenere l'ammontare concreto di pena entro la metà inferiore della quantità edittale; ma già la pluralità di attenuanti — ovvero l'unica purché « molto qualificata » — determina l'applicazione di uno o due « gradi » ⁽⁷⁴⁾ di pena inferiori a quella stabilita per il delitto. Parallelamente, una o due aggravanti restringono lo spazio edittale da utilizzarsi da parte del giudice alla sua metà superiore; mentre la presenza di più di due di esse lo autorizza ad applicare il grado superiore di pena nella sua metà inferiore. In caso di concorso di circostanze eterogenee è previsto in via di principio una sorta di giudizio di equivalenza, salva la persistenza di particolari ragioni di aggravamento o di attenuazione che condurranno, rispettivamente, all'applicazione della pena originaria nella sua metà superiore oppure la diminuzione di un grado.

A fronte di questo complicato intreccio di criteri "logici" di

⁽⁷³⁾ Conviene segnalare che l'art. 21, dopo aver elencato quattro attenuanti tipiche, non rinuncia a dare rilievo a « qualsiasi altra circostanza di significato analogo alle precedenti ».

⁽⁷⁴⁾ Ai sensi dell'art. 77 del codice penale spagnolo, la pena inferiore di un grado rappresenta una nuova sanzione edittale, il cui minimo è dato dalla differenza tra il minimo originario e la sua metà, mentre il massimo risulta dalla diminuzione di una unità del minimo di pena base. La pena superiore di un grado esibisce, a sua volta, un minimo determinato dall'aumento di un'unità del massimo della pena base ed un limite massimo risultante dalla somma del massimo originario e della sua metà.

commisurazione all'interno dello spazio edittale e di cause di variazione della cornice legale di pena, appaiono più spendibili le soluzioni adottate dai codici penali svizzero e austriaco.

All'interno della sezione intitolata alla commisurazione della pena e dopo che l'art. 47 detta criteri generali avvicinabili a quelli di cui all'art. 133 c.p., l'art. 48 del codice penale svizzero esibisce un articolato catalogo di circostanze attenuanti; mentre l'art. 48a) ne puntualizza gli effetti nel senso di svincolare il giudice dal rispetto del minimo edittale, ovvero di applicare una specie di pena diversa, evidentemente più mite ⁽⁷⁵⁾. Come già osservato in chiave storica ⁽⁷⁶⁾, si tratta di una notevole apertura alla *außerordentliche Strafmilderung*, la cui consistenza e conseguente amplificazione della discrezionalità giudiziale è in un certo qual modo mitigata, secondo l'originaria intuizione dello Stooss, dalla definizione legale dei contenuti delle circostanze, con ripulsa delle attenuanti generiche.

Particolarmente interessante è anche la disciplina della commisurazione della pena prevista nel titolo quarto della parte generale del codice penale austriaco del 1975 ⁽⁷⁷⁾. I paragrafi 33 e 34 contengono elenchi, non tassativi, di fattori di aggravamento e di attenuazione della pena ⁽⁷⁸⁾, la comparazione del cui rispettivo peso deve guidare il giudice nella determinazione della pena concreta all'interno dello spazio edittale, come prescrive in via di principio il paragrafo 32 ⁽⁷⁹⁾. A differenza del codice penale spagnolo, nessuna

⁽⁷⁵⁾ Per una prima lettura v. G. STRATENWERTH-W. WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, Bern, Stämpfli, 2013³, pp. 114 ss.

⁽⁷⁶⁾ *Supra*, n. 1.1.

⁽⁷⁷⁾ Alcune delle disposizioni contenute nel titolo quarto (*Strafbemessung*) della parte generale, e in particolare il § 33 (*Besondere Erschwerungsgründe*) sono state oggetto di recente modifica attraverso lo *Strafrechtsänderungsgesetz 2015*, pubblicato sul *Bundesgesetzblatt* del 13 agosto 2015.

⁽⁷⁸⁾ Una posizione a se stante riveste, nel paragrafo 35, l'ubriachezza che non abbia escluso l'imputabilità, cui viene riconosciuta valenza attenuante solo in quanto non possa muoversi all'agente un particolare rimprovero per la condizione in cui si è trovato.

⁽⁷⁹⁾ Non mancano peraltro, nelle *sedes materiae* in parola, talune circostanze che definiremmo, alla stregua della nostra esperienza, "proprie" e "inerenti alla persona del colpevole". Il paragrafo 36 dello *StGB* prevede variazioni delle comminatorie di pena per i minori degli anni ventuno; il paragrafo 39, a sua volta, prescrive che la pena inflitta può oltrepassare fin della metà il massimo edittale in presenza di forme qualificate di recidiva.

indicazione viene fornita circa una precisa influenza della circostanza tipizzata sulla misura della pena; il legislatore limita il suo intervento alla precisazione della valenza aggravante o attenuante dei criteri di commisurazione (*Bewertungsrichtung*) affidandone la comparazione reciproca (*Gegeneinanderabwägung*) alla piena discrezionalità del giudice. Anche il codice penale austriaco non rinuncia alla “mitigazione straordinaria di pena”: il § 41 prevede che possano essere oltrepassati i minimi edittali alla doppia condizione che risulti una « considerevole preponderanza » dei fattori attenuanti rispetto a quelli aggravanti e che il beneficio sia compatibile con la persistenza di una prognosi di non recidiva. La permanenza della *außerordentliche Strafmilderung* nel diritto penale austriaco assume particolare rilievo in quanto si inserisce in una codificazione interamente rinnovata, che ha investito l'insieme delle comminatorie legali: la possibilità di un ritocco in concreto dei minimi edittali si presenta qui non in alternativa — come storicamente è per lo più avvenuto — ma in concomitanza con un generale adeguamento dei livelli sanzionatori alla sensibilità del contesto sociale di riferimento.

Siamo dunque giunti al punto di poter avanzare una complessiva proposta di riforma delle circostanze del reato comuni e ad effetto comune ⁽⁸⁰⁾ in vista di un chiaro e definitivo raccordo tra i momenti della determinazione legale e della commisurazione giudiziale delle pene.

In realtà si tratta di suggerire solo alcuni perfezionamenti di un percorso che, sia pure tutt'altro che lineare, esprime ormai una direzione abbastanza precisa e trova elementi di significativa conferma, insieme a spunti di ulteriori avanzamenti, nel confronto con esperienze comparatistiche similari.

⁽⁸⁰⁾ Con riferimento alle circostanze speciali, che siano allo stato *autonome* e *ad effetto speciale* o *indipendenti*, vale l'acquisizione cui era già pervenuto nel 2001 il Progetto Grosso (*infra*, nota 82), nel senso di farle confluire senza residui nella più ampia categoria delle fattispecie incriminatrici dotate di distinte cornici legali di pena e legate da un rapporto di specie a genere con una corrispondente figura criminosa, con definitivo superamento dell'annosa questione della diagnosi differenziale, in casi del genere, tra fattispecie autonoma e circostanziata: sul punto, G. DE VERO, *Osservazioni sui principi e l'articolato della disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A. M. Stile, Napoli, Jovene, 2003, pp. 409 ss.

In questo quadro, il sistema di circostanze comuni tipiche proprio della nostra legislazione penale vede corroborata la propria attrazione verso la fase di applicazione della pena, piuttosto che di determinazione legale delle cornici edittali in conseguenza della creazione di nuove fattispecie: dimensione, quest'ultima, che, ancora pertinente alle circostanze speciali e "ad effetto speciale", dovrebbe in futuro essere definitivamente licenziata a seguito della confluenza delle stesse nell'alveo delle ordinarie fattispecie "autonome" speciali ⁽⁸¹⁾.

Eppure, rispetto agli ordinamenti che da tempo hanno già effettuato tali scelte, la disciplina vigente ha evidenziato un tratto di assoluta originalità e modernità: la capacità di incidere sui criteri "logici" di commisurazione giudiziale della pena ben al di là del semplice "orientamento valutativo" in senso aggravante o attenuante. Il meccanismo di cui all'art. 63 c.p., caratterizzato da una struttura bifasica e da una variazione frazionaria ed elastica della pena base, ha rivelato una raffinata capacità di assicurare un indefettibile, eppure proporzionato peso specifico ai più significativi fattori che sarebbero altrimenti genericamente rilevanti ai sensi dell'art. 133 c.p. Questo meccanismo si salda armonicamente con la disciplina (almeno originaria) del concorso di circostanze eterogenee, che, al fine di evitare lo scadimento del processo in una serie di operazioni algebriche, restituisce le circostanze equivalenti o soccombenti alla loro valenza di 'ordinari' criteri commisurativi.

Non resta dunque, in una tanto più auspicata quanto sempre meno prossima riforma del codice penale, che collocare le circostanze comuni nel titolo relativo all'applicazione giudiziale delle pene, escludendo, almeno per le aggravanti, quell'idoneità a determinare il superamento dei massimi edittali in atto astrattamente configurabile, ma pressoché priva di effettività nel diritto vivente. L'esperienza storico-comparatistica suggerisce invece di mantenere la "riduzione straordinaria" della pena al di sotto del minimo edittale, che da sempre costituisce di contro il reale effetto dell'applicazione delle attenuanti, prime fra tutte le "generiche". Quanto alla permanenza di queste, l'opzione politico-criminale può restare

⁽⁸¹⁾ *Supra*, nota 80.

aperta. In via di principio può dirsi che, ove la riforma si fermasse alla parte generale, dovrebbe realisticamente prendersi atto della tradizionale vocazione delle attenuanti indefinite a surrogare il mancato adeguamento legislativo delle comminatorie legali; nel caso invece di una completa rifondazione del codice penale, estesa alla parte speciale, la scelta abolizionista apparirebbe certo coerente, anche se non ineludibile.

Infine il giudizio di bilanciamento, liberato dalla comunione forzosa con le circostanze autonome e ad effetto speciale più o meno 'blindate', potrà riacquistare in pieno la sua funzione di temperamento di una serie di operazioni aritmetiche che graverebbero eccessivamente sulla discrezionalità giudiziale. Sarebbe peraltro utile, sotto questo aspetto, raccogliere il suggerimento avanzato con riguardo allo stesso concorso di circostanze omogenee da uno dei più approfonditi progetti di riforma del codice penale succedutisi a partire dalla seconda metà del novecento: sostituire all'attuale cumulo materiale di distinte e successive variazioni, previsto dall'art. 63, co. 2, c.p., un'unica modificazione fino alla metà della pena base ⁽⁸²⁾; verrebbe in tal modo definitivamente superata la risalente obiezione dell'incoerenza di escludere le sottrazioni in presenze di aggravanti e attenuanti e di ammettere le addizioni quando vengono in considerazione circostanze omogenee ⁽⁸³⁾.

In questi termini non sembra azzardato affermare che la lunga e inquieta vicenda delle circostanze del reato possa finalmente conciliare l'opposizione tra legalità e discrezionalità in un approdo conforme a moderne e razionali istanze di politica criminale.

⁽⁸²⁾ Cfr. art. 67, co. 2, del *Progetto Grosso in Lavori preparatori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2001, p. 674.

⁽⁸³⁾ *Supra*, n. 2.2.

ALESSANDRO MELCHIONDA

LA DISCIPLINA ITALIANA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO, TRA AMBIGUITÀ STORICHE, DISARMONIE FUNZIONALI E PROSPETTIVE DI RICOSTRUZIONE

1. Originalità storica e rilevanza sistematica della disciplina “italiana” delle circostanze del reato. — 2. La perdurante complessità di inquadramento dogmatico e funzionale della materia. — 3. La carenza di “razionalità normativa” della disciplina vigente a fronte dell’assenza di criteri univoci di identificazione delle circostanze. — 4. L’importanza di una rinnovata verifica storico-comparatistica dell’attuale disciplina italiana. — 5. Gli esiti dell’indagine: *a)* sulle regole di imputazione soggettiva delle circostanze e di “comunicabilità” tra i concorrenti. — 6. *Segue b)* sulle regole di computo della pena per il “reato circostanziato”. — 7. Le basi per una “rilettura” del sistema italiano delle circostanze e le conseguenti prospettive programmatiche di riforma.

1. *Originalità storica e rilevanza sistematica della disciplina “italiana” delle circostanze del reato.*

Nell’ambito del codice penale italiano del 1930, la disciplina delle c.d. “circostanze del reato” ha notoriamente rappresentato una fra le più importanti novità sistematiche ⁽¹⁾.

Gli indici, in tal senso, sono molteplici. Un primo è, ad esempio, apprezzabile anche da un punto di vista meramente quantitativo: già da una semplice ricognizione delle molte disposizioni incentrate sulla previsione di singole circostanze aggravanti od attenuanti si evidenzia, infatti, una consistenza del fenomeno circostanziale che,

⁽¹⁾ Nel presente scritto vengono ripresi molteplici aspetti che ho più ampiamente trattato nello specifico studio: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000. A questo testo faccio quindi riferimento per più ampie citazioni bibliografiche e giurisprudenziali, qui limitandomi alla segnalazione dei soli dati essenziali ed alle citazioni testuali.

certo non a caso, ha portato ad attribuire al sistema italiano una sorta di vero e proprio « primato europeo di ampiezza » (2).

Gli aspetti di maggior importanza sono tuttavia legati ai presupposti di tipo tecnico-legislativo e, da questo punto di vista, il dato fu oggetto di immediata segnalazione anche nel quadro dei lavori preparatori del codice: da più parti si convenne, infatti, nell'indicare la nuova disciplina generale delle circostanze come « una fra le parti più importanti e caratteristiche della riforma » (3); « vera costruzione » (4), si aggiunse ancora, « radicalmente innovatrice di ogni concezione teorica tradizionale e legislativa » (5).

Il risvolto più evidente di questa drastica rivoluzione fu senz'altro quello legato all'opzione per una tecnica di tipo essenzialmente casistico, nella specie caratterizzata anche dalla parallela introduzione di un ulteriore aspetto di rilevanza più generale. Oltre, infatti, ad una articolata elencazione di singole circostanze aggravanti ed attenuanti previste in raccordo a specifiche figure di reato (emblematici gli esempi delle numerose circostanze aggravanti previsti dagli artt. 576 e 577 c.p. per il reato di omicidio ed all'art. 625 c.p. per quello di furto), sono state inserite nell'ambito del Libro Primo del codice, agli artt. 61 e 62 c.p., le circostanze aggravanti ed attenuanti che sono state ritenute suscettibili di essere valorizzate con riguardo ad un più vasto numero di illeciti: da qui, come è noto, è nata la tradizionale differenziazione tra "*circostanze comuni*" e "*circostanze speciali*".

La particolare importanza di questa novità fu ampiamente sottolineata dallo stesso Ministro Alfredo Rocco, il quale, in un famoso passo della relazione al progetto definitivo del codice, richiamò l'attenzione sulla astratta possibilità di opzione fra più

(2) A. MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in « La Scuola Positiva », 1965, p. 196.

(3) *Relazione del Prof. Berenini per l'Università di Parma*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, vol. III-1^a, Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, Roma, 1928, p. 451.

(4) *Relazione del Prof. Pinto per l'Università di Urbino*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 454.

(5) *Relazione del Prof. Lanza per l'Università di Catania*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 449.

modelli di disciplina, distinguendo tra la generica scelta di deferire al giudice il potere di aumentare o diminuire la pena, senza fornire più specifiche indicazioni su presupposti e/o criteri di tale ampia facoltà discrezionale; ovvero, in alternativa, integrare questo primo modello mediante l'indicazione di criteri direttivi, che potessero fungere da guida per il giudice; ovvero, ancora, procedere ad una minuziosa e tassativa elencazione di varie circostanze aggravanti ed attenuanti ⁽⁶⁾. Ferma la segnalata opzione per quest'ultima soluzione, la codificazione italiana del 1930 si caratterizzò tuttavia anche per la parallela previsione di quei criteri di commisurazione discrezionale della pena che, così come fissati nell'ambito dell'art. 133 del nuovo codice, hanno poi portato alla ulteriore contrapposizione tra l'area delle c.d. "*circostanze proprie*" e quella delle c.d. "*circostanze improprie*" ⁽⁷⁾.

Su questo piano fu netta, perciò, la differenza che si venne a determinare rispetto al previgente assetto normativo. Nell'ambito del codice penale italiano del 1889, infatti, le uniche circostanze aventi efficacia comune a tutti i reati erano identificabili solo nella pur articolata figura della recidiva ed in alcune situazioni ulteriori, tutte ricomprese nell'ambito del Titolo Quarto del codice, formalmente dedicato alla disciplina "Della imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono". Fra queste spiccavano soprattutto la previsione di una diminuzione di pena per il soggetto affetto da vizio parziale di mente (art. 47), per chi avesse agito in stato di ubriachezza accidentale (art. 48), per chi avesse reagito a seguito di provocazione (art. 51), nonché per tutte quelle "classiche" ipotesi in tema di minore età del soggetto attivo (artt. 54, 55, 56). Il vero perno centrale della disciplina prevista dal codice Zanardelli era, tuttavia, rappresentato da quell'ulteriore disposizione in tema di circostanze attenuanti generiche (art. 59), che lo stesso Ministro Rocco indicò quale tipico esempio di soluzione tecnica contrapposta a quella viceversa adottata dalla nuova legislazione del 1930.

Drasticamente innovative risultarono, tuttavia, anche le specifi-

⁽⁶⁾ *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V-1^a, Roma, 1929, p. 110.

⁽⁷⁾ Per una più ampia disamina dei lavori preparatori del Codice Rocco rinvio a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 486-493.

che disposizioni che furono introdotte proprio al fine di fornire una disciplina unitaria ed omogenea dell'intera sfera delle circostanze del reato. Nella legislazione del 1889 mancava, in effetti, una disciplina siffatta: le regole di maggiore importanza erano quelle dettate per l'applicazione ed il computo delle singole variazioni di pena (art. 29); quelle inerenti ai casi di errore di persona (art. 52); e quelle infine dedicate alla disciplina della c.d. comunicabilità delle circostanze fra più compartecipi nello stesso reato (artt. 65 e 66). Un quadro quindi molto meno articolato ed omogeneo di quanto venne a caratterizzare la soluzione in seguito accolta dal codice penale del 1930, non a caso valorizzata anche dalla previsione di un intero capo del Libro Primo espressamente dedicato alla disciplina globale "Delle circostanze del reato".

Ed in effetti, è proprio nella più generale disciplina delle circostanze che è dato cogliere il perno della maggiore importanza sistematica che l'istituto ha assunto nell'ordinamento penale italiano del 1930. Attraverso tali disposizioni è stata, infatti, delineata una piattaforma normativa avente caratteristiche assolutamente specifiche, sia per quanto concerne il regime di imputazione soggettiva delle circostanze (artt. 59 e 60 c.p.), sia con riguardo agli stessi effetti modificativi della pena ed all'eventuale concorso, omogeneo od eterogeneo, di più circostanze (artt. 63, 64, 65, 66, 68 e 69 c.p.). A queste regole si è inoltre affiancato un ulteriore insieme di previsioni normative che, pur collocate in altri settori del codice (così, ad esempio, l'art. 84 c.p., ai fini della delimitazione del c.d. reato complesso; l'art. 118 c.p., in relazione alla valutazione delle circostanze nel caso di concorso di persone nel reato; l'art. 157 c.p., sul piano del regime di computo della prescrizione; l'art. 9 disp. att. c.p., per gli effetti sulla distinzione fra delitti e contravvenzioni), nel loro complesso hanno concorso a dettare una disciplina generale del tutto originale ed innovativa⁽⁸⁾.

Il ruolo assunto dall'avvento del codice Rocco rispetto alla complessiva rilevanza del fenomeno circostanziale ben emerge, tuttavia, anche alla luce di quanto pare aver contrassegnato la parallela

⁽⁸⁾ Sulla centrale importanza di questa disciplina più generale v. per tutti A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 53.

disamina scientifica. Al di fuori di pochi lavori incentrati sull'analisi di singole ipotesi circostanziali e di sporadiche trattazioni sollecitate da problemi di natura prettamente tecnico-applicativa, non pare, in effetti, che, prima dell'avvento del codice penale del 1930, la categoria delle circostanze fosse stata posta ad oggetto di studi di particolare ampiezza e notorietà. Certo, se si guarda al passato più remoto, vengono ancora oggi segnalati e ricordati scritti di indubbio rilievo ⁽⁹⁾. Ma se si opera un confronto con il taglio delle "moderne" questioni penalistiche, prima del 1930 gli unici scritti dedicati ad una disamina globale della materia si limitavano solo ad un paio di voci enciclopediche, anch'esse, peraltro prive di spunti dogmatici di rilievo ⁽¹⁰⁾ e ad alcuni più specifici studi rimasti tuttavia ai margini del principale dibattito dell'epoca ⁽¹¹⁾. Con l'emanazione del codice Rocco è, invece, evidente la brusca accelerazione che immediatamente acquisì l'interesse per lo studio delle circostanze del reato, subito poste ad oggetto di più di un'indagine monografica e, da allora, rimaste praticamente sempre al centro dell'attenzione scientifica italiana ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Notissimo il richiamo all'opera di A. TIRAQUELLUS, *De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Venetiis, 1560.

⁽¹⁰⁾ Ci si riferisce, in particolare, alla "voce" di S. DURANTE, *Attenuanti*, in « Digesto Italiano », Torino, Utet, 1926, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162, ed a quella precedente di LUCCHINI, *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in « Digesto Italiano », Torino, Utet, 1893, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.

⁽¹¹⁾ Fra questi spiccano, soprattutto, il saggio di P. MIRTO, *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in « Rivista Penale », 1923, (XCVII), p. 424 e la più vasta opera di Domenico Cigna, complessivamente articolata in due monografie (D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, SEI, 1916; ID., *Positivismo e diritto*, Palermo, Trimarchi, 1921), ed in un'ulteriore serie di lavori minori (ID., *Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica*, in « Rivista Penale », 1919, LXXXIX, pp. 371-390; ID., *Le circostanze procedurali*, in « Rivista Penale », 1919, LXXXIX, pp. 138-142; ID., *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in « Rivista Penale », 1919, XC, pp. 445-461). Sul ruolo e l'importanza di questi studi mi permetto ancora rinviare a quanto osservato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 445-457.

⁽¹²⁾ Anche dalla semplice considerazione delle principali monografie e voci enciclopediche pubblicate dopo il 1930 emerge chiara conferma di questo maggiore interesse: in ordine cronologico, A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933; R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, Athenaeum, 1936, 1936;

La diffusione e la permanenza di un così articolato e costante interesse per il tema vanno, senza alcun dubbio, comprese anche alla luce del successivo operato del legislatore, ed in particolare delle molteplici occasioni di riforma che hanno avuto modo ripercuotersi sull'assetto originario della disciplina delle circostanze, così implicitamente eletta a piano privilegiato per l'attuazione dei più variegati obiettivi di politica criminale. L'esemplificazione è vastissima: dalle prime modifiche in tema di attenuanti generiche apportate nel 1944, subito dopo la caduta del regime fascista, con l'introduzione dell'art. 62-*bis* c.p., alla "rivoluzione" determinatasi a seguito della famosa novella del 1974 sul giudizio di bilanciamento delle circostanze previsto dall'art. 69 c.p.; dalla previsione della nuova categoria delle c.d. circostanze "ad effetto speciale", introdotta nel 1984 con la correzione dell'art. 63 c.p., alla riforma del regime di imputazione oggettiva delle circostanze introdotta nel 1990 mediante la modifica

S. COSTA, *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in «Nuovo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1938, vol. III, p. 164; B. COCURRELLO, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959; A. SANTORO, *Circostanze del reato*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1959, vol. III, p. 264; A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1961, vol. VII, p. 66; G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, Jovene, 1967; A. STILE, *Il giudizio*, cit.; G. MARINI, *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1980, app. A-COD, p. 1254; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, Giuffrè, 1988; A. MANNA, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia Giuridica», Roma, Treccani, 1993, vol. VI, p. 1; T. PADOVANI, «*Circostanze del reato*», in «Digesto delle discipline penalistiche», Torino, Utet, 1988, vol. II, p. 187; G. MARCONI, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, Giuffrè, 1992; G. ZUCCALÀ, *Delle circostanze del reato*, in «Commentario breve al Codice Penale», a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova, Cedam, 1992, p. 188; S. PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, Cedam, 2000; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008; A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Genova, Brigati, 2008. A questi scritti va ovviamente aggiunta un'amplissima messe di saggi, articoli, note a sentenza, e brevi osservazioni, che pure hanno contribuito all'approfondimento di svariati aspetti di rilevanza generale dell'istituto e per i quali rinvio alle indicazioni fornite in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 32-34.

dell'art. 59 c.p. e dell'art. 118 c.p.; dalla legislazione dettata dall'emergenza terroristica, a quella intervenuta in risposta al grave fenomeno dei sequestri di persona; dai molteplici provvedimenti di amnistia, con il rinvio all'accertamento di determinate figure circostanziali quale presupposto decisivo per l'esclusione o meno del beneficio, alle tante riforme in tema di competenza per materia, di carcerazione cautelare, di recidiva e prescrizione, etc., nel complesso sono davvero tantissimi gli interventi che hanno avuto modo di incidere su singoli profili di rilevanza del fenomeno circostanziale; e ciò, invero, con l'inserimento di modifiche che, ancorché ispirate da una logica di mera correzione novellistica, hanno spesso rappresentato il frutto di una perdurante incapacità di procedere a più radicali riforme del codice ancor oggi vigente, così però anche alterando l'assetto originario del codice fino al punto, come è stato osservato, di porre l'intera categoria delle circostanze di fronte al rischio di una vera e propria disintegrazione sistematica ⁽¹³⁾.

2. *La perdurante complessità di inquadramento dogmatico e funzionale della materia.*

Non ostante questa grande attenzione per lo studio della materia, l'esito del dibattito penalistico italiano non pare essere stato coronato da risultati univoci e condivisi.

Secondo una soluzione ormai comune, a livello manualistico l'analisi della disciplina delle circostanze del reato viene sviluppata nell'ambito di un capitolo collocato in posizione separata ed autonoma, tanto rispetto alla trattazione della struttura costitutiva del reato, quanto rispetto alle più specifiche implicazioni in materia di commisurazione della pena ⁽¹⁴⁾. In coerenza con questa prima prospettiva di inquadramento, parimenti diffusa e consolidata è altresì la tendenza a ravvisare nelle caratteristiche di fondo dell'isti-

⁽¹³⁾ G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, p. 49.

⁽¹⁴⁾ Per tutti: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, Zanichelli, 2009⁶, p. 418; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2013⁸, p. 406; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013⁵, p. 519.

tuto una sorta di ponte funzionale fra l'astrattezza dei presupposti sui quali vengono affrontate le questioni in ordine all'*an* della responsabilità penale e la contrapposta esigenza di concretizzazione e di individualizzazione del *quantum* di pena applicabile al soggetto ritenuto responsabile del fatto commesso. A questo riguardo è anzi divenuta una sorta di assioma, quasi incontestato ed incontestabile, la celeberrima segnalazione in ordine alla possibilità di cogliere, nella disciplina delle circostanze del reato, « 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 ed urgente la necessità di non dissociare la regolamentazione giuridica dalla realtà umana che ne è oggetto » ⁽¹⁵⁾. Ed è soprattutto in quest'ottica, in effetti, che, come si è ulteriormente ribadito, « la distinzione tra elementi essenziali ed accessori assurge a vera costante del pensiero giuridico-penale » ⁽¹⁶⁾.

A questa apparente omogeneità di inquadramento generale non corrisponde, tuttavia, un'analoga univocità di opinioni sul piano delle connesse fondamenta dogmatiche e funzionali.

I primi studi della materia (di certo condizionati da un approccio "tecnico-giuridico" all'epoca dominante e notoriamente poco aperto ad una lettura "critica" della legislazione positiva) hanno subito interpretato l'assetto complessivo della nuova disciplina, ed in particolare la prevista autonomia di regole valide per le sole circostanze, come una sorta di diretto precipitato logico di quanto altrimenti riconducibile alla categoria dei c.d. "*elementi accidentali del reato*"; di quegli elementi, cioè, che, come si suole dire, diversamente dai c.d. "*elementi essenziali del reato*", svolgono un ruolo puramente accessorio e secondario rispetto all'*an* della responsabilità penale, rilevando in via principale sul solo versante del *quantum* di pena irrogabile al reo ⁽¹⁷⁾.

Sottoposta a più attenta verifica questa prima impostazione non ha, però, trovato conforto. Ad essa si è, infatti, obiettato che, sul

⁽¹⁵⁾ G. CONTENTO, *Introduzione*, cit., p. 2.

⁽¹⁶⁾ F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1964, p. 1051.

⁽¹⁷⁾ R. PANNAIN, *Gli elementi*, cit., pp. 19 e 161; A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., p. 25.

piano delle regole che governano la formazione della norma giuridica, ogni elemento che si aggiunge a quelli già previsti da una determinata disposizione normativa (integrandone o modificandone il contenuto) genera «una nuova norma con propria fattispecie e proprie conseguenze giuridiche», divenendo così anch'esso elemento del tutto essenziale alla dimensione costitutiva di quest'ultima⁽¹⁸⁾. Sulla scorta di queste premesse, ed esclusa quindi in radice ogni possibilità di ancorare la differenza fra circostanze ed altri elementi del reato a presupposti di ordine pregiuridico asseritamente riferibili alla categoria dei c.d. *accidentalia delicti*, un primo indirizzo ha ritenuto di poter qualificare le circostanze quali elementi che, al pari degli stessi elementi essenziali, danno origine ad una autonoma fattispecie astratta di reato (quella del c.d. reato circostanziato) e, vista la diversa rilevanza (e disciplina) giuridica di queste particolari fattispecie rispetto a quelle viceversa classificabili quali veri e propri titoli autonomi di reato, le circostanze sono state così dogmaticamente classificate quali elementi modificativi (non del titolo, bensì solo) della c.d. "forma di manifestazione del reato"⁽¹⁹⁾. Diversa conclusione è stata invece raggiunta da un successivo orientamento interpretativo che, muovendo dalla considerazione del particolare criterio di calcolo della pena dettato dall'art. 63, comma 1, c.p. per il solo reato circostanziato (con valorizzazione della variazione circostanziale di pena solo quale passaggio successivo alla quantificazione della c.d. pena base) ha ritenuto di poter meglio classificare le circostanze quali "elementi autonomi della c.d. fattispecie concreta": quali elementi, cioè, che, pur rimanendo estranei alla struttura costitutiva della fattispecie astratta, concorrerebbero a dare vita ad una sorta di fattispecie intermedia, formalmente distinta anche da quella rappresentata dall'ancor più ampio insieme di elementi (concreti) che, a norma di quanto previsto dall'art. 133 c.p., sono rilevanti (secondo l'accennato regime dell'art. 63, comma 1, c.p.) ai fini della determinazione della c.d. pena base⁽²⁰⁾.

Questo contrasto di opinioni si è, invero, accentuato anche alla

(18) M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1949, p. 565.

(19) G. MARINI, *Le circostanze*, cit., p. 58.

(20) G. CONTENTO, *Introduzione*, cit., p. 78.

luce dei risultati raggiunti da successive indagini più direttamente concentrate sugli aspetti di tipo funzionale dell'istituto. In particolare: l'asserita equiparazione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato sul piano della c.d. fattispecie astratta del reato ha trovato ulteriore riscontro nell'opinione di chi, alla luce di quanto previsto dall'art. 157 c.p. in materia di prescrizione (ovviamente nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dalla legge n. 251/2005), ha ritenuto corretto considerare le circostanze quali elementi che, al pari degli stessi elementi costitutivi del reato, risultano funzionalmente raccordati alla stessa fase di determinazione edittale della sanzione. Si tratterebbe, cioè, di elementi che, lungi dall'operare nel quadro della commisurazione concreta della pena, sono direttamente rilevanti sul piano della c.d. commisurazione legale, in quanto disciplinati quali vere e proprie "cause di modificazione della cornice della pena" ⁽²¹⁾. Diversa conclusione è stata invece raggiunta da chi, proprio traendo spunto dallo specifico dettato dell'art. 63, comma 1, c.p., ha ritenuto più corretto inquadrare la funzione delle circostanze in una prospettiva di mera individualizzazione concreta della pena: la previsione di tale specifica incidenza frazionaria sulla c.d. pena-base rappresenterebbe, così, la conferma di una esclusiva ed autonoma rilevanza commisurativa concreta delle circostanze, tale, quindi, da differenziarle, non solo dagli elementi rilevanti nella determinazione edittale della pena, bensì da quegli stessi elementi fattuali che potranno essere apprezzati, a norma di quanto previsto dall'art. 133 c.p., solo entro tali limiti edittali ⁽²²⁾.

Anche queste impostazioni non sono però andate esenti da critiche. Alla tesi delle circostanze quali "elementi autonomi della c.d. fattispecie concreta" (come tali caratterizzate, quindi, anche da una asserita valenza commisurativa concreta) si è principalmente obiettato di adattarsi solo ad una limitata tipologia di circostanze (a quelle, cioè, ricollegabili alla citata disciplina dell'art. 63, comma 1, c.p.) e di non riuscire, pertanto, a fornire una adeguata e completa giustificazione teorico-sistematica dell'intera disciplina dell'istituto ⁽²³⁾. All'opposta

⁽²¹⁾ A.M. STILE, *Il giudizio*, cit., p. 54.

⁽²²⁾ G. DE VERO, *Circostanze*, cit., pp. 124-125.

⁽²³⁾ A.M. STILE, *Il giudizio*, cit., p. 54-58; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 533-542.

classificazione delle circostanze quali elementi funzionalmente omogenei a quelli della stessa fattispecie astratta del reato, ma modificativi solo della sua forma di manifestazione, si è viceversa contestata l'assoluta diversità di effetti della disciplina delle circostanze rispetto a quella degli altri istituti così parimenti classificati: nel caso di questi ultimi, ed in particolare nel caso della disciplina sul tentativo e sul concorso di persone nel reato, si registra, infatti, un ampliamento del campo di applicabilità di una determinata figura di reato a situazioni che, altrimenti, resterebbero al di fuori del suo ambito di rilevanza; profondamente distinto è invece l'effetto modificativo che si determina nel caso del c.d. reato circostanziato, posto che quest'ultimo comporta una selezione di fatti già punibili in base ad una separata fattispecie di reato. Anche le circostanze intervengono, cioè, sulla sfera di applicabilità della singola norma incriminatrice, ma con un effetto esattamente opposto a quello degli altri istituti normalmente inquadrati fra le forme di manifestazione del reato: non ampliano, bensì restringono la cerchia dei fatti già riconducibili ad una autonoma figura di reato e, quindi, non assumono alcun rilievo diretto sul c.d. versante costitutivo della punibilità ⁽²⁴⁾.

Nell'insieme è comunque evidente l'assoluta inconciliabilità di tutte queste soluzioni interpretative. Se valutate alla luce di quel parametro di auspicabile tassatività, che un illustre maestro ha opportunamente suggerito di utilizzare anche al fine di una necessaria verifica delle più tradizionali categorie dogmatiche della teoria generale del reato ⁽²⁵⁾, le odierne basi di inquadramento della tematica circostanziale appaiono ancora ben lontane dal fornire risposte omogenee e lineari.

⁽²⁴⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 557. Per conclusioni analoghe v. ora anche L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 104-114.

⁽²⁵⁾ F. BRICOLA, *Rapporti fra dottrina e politica criminale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1988, p. 16.

3. *La carenza di “razionalità normativa” della disciplina vigente a fronte dell’assenza di criteri univoci di identificazione delle circostanze.*

A fronte di questa perdurante incapacità di una giustificazione autonoma ed unitaria della pretesa peculiarità d’insieme delle circostanze, in tempi più recenti si è ritenuto preferibile prescindere da una logica di necessaria ed assoluta contrapposizione fra circostanze ed altri elementi della fattispecie del reato. Traendo spunto anche da una rinnovata disamina storico-comparatistica dell’attuale disciplina dell’istituto, si è così evidenziata la possibilità di considerare le circostanze quali veri e propri elementi costitutivi di fattispecie astratte di reato, a loro volta caratterizzate tuttavia dal fatto di assumere un rilievo sistematico di tipo “meramente dipendente” rispetto a quello della fattispecie base di riferimento: si tratterebbe, cioè, di fattispecie prive di autonoma rilevanza applicativa, in quanto subordinate alla parallela integrazione di una separata fattispecie incriminatrice “indipendente”, e come tali formalmente differenziate da quelle ulteriori ipotesi modificative, che il legislatore ha ritenuto preferibile rendere “indipendenti” ed assoggettare al medesimo regime di queste ultime (di qui la configurazione di quelle particolari ipotesi di reato speciale che, come nel caso del delitto di “rapina” rispetto a quello di “furto” ed in contrapposizione con le connesse ipotesi di “furto circostanziato”, sono svincolate dal regime applicativo tipico delle sole circostanze) ⁽²⁶⁾.

Per meglio comprendere il fondamento di questa diversa impostazione, e con riserva di meglio ritornare sui riflessi potenzialmente apprezzabili (anche in ottica *de jure condendo*) da quest’opera di rivalutazione sistematica e funzionale dell’attuale regime delle circostanze, occorre tuttavia tenere conto anche di un ulteriore aspetto problematico della disciplina vigente.

Come visto, la stessa determinazione del concetto di “circostanza” presenta aspetti tutt’altro che agevoli o scontati. Ancorché contestato nel suo fondamento, un approccio ancora oggi ricorrente

⁽²⁶⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 717-719. In senso concorde su questa impostazione v. ora anche A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze della struttura del reato*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2009, p. 648.

tende a muovere da un dato di apparente certezza, spesso ritenuto apprezzabile in ragione della stessa radice etimologica del termine “circostanza” (per l'appunto rappresentativa di un qualcosa che *circum stat* ad un *quid* di per sé già completo), e che, in questa prospettiva, confermerebbe l'idea di fondo di considerare le circostanze quali elementi meramente accidentali del reato, in quanto non necessari alla sua integrazione e rilevanti solo perché suscettibili di comportare effetti modificativi (in senso aggravante od in senso attenuante) sulla pena ⁽²⁷⁾.

In linea con questo approccio definitorio, la stessa origine del concetto di circostanza è stata spesso posta in correlazione all'opera di Cicerone, il quale, riprendendo uno spunto argomentativo già presente nel pensiero di Aristotele, avrebbe per la prima volta elaborato una sorta di sistematizzazione unitaria delle circostanze, intese quali singole peculiarità concrete dell'atto umano. Ciò si sarebbe poi tradotto nell'elaborazione di una formula di carattere generale, che, nei termini nei quali è stata successivamente attribuita all'oratore romano da parte di San Tommaso, risulterebbe sostanzialmente la seguente: « *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod* » ⁽²⁸⁾.

Al di là della reale pertinenza ed utilità di queste labili radici etimologiche, nell'ambito della legislazione vigente il concetto di circostanze del reato non viene esplicitato con definizione univoca: talvolta si parla di « circostanze che attenuano (o che aggravano) la pena » (art. 59 c.p.); mentre in altri casi si usa l'espressione « circostanze che attenuano (o che aggravano) il reato » (artt. 61 e 62 c.p.). Nel contempo, il concetto trova riscontro nella valorizzazione legislativa di singoli aspetti molto differenziati fra loro: a seconda dei casi si tratta, infatti, di elementi riferiti sia al profilo oggettivo, che a quello soggettivo del reato, oppure ancora riferiti all'autore od alla vittima del reato, od ancora potenzialmente apprezzabili anche nella connessione del singolo fatto di reato con altre figure criminose.

Non di rado, poi, siffatte incertezze definitorie risultano ulteriormente accresciute da una ancor più vasta gamma di nozioni — spesso ereditate da un vocabolario penalistico del quale non

⁽²⁷⁾ V. ancora G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 418.

⁽²⁸⁾ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982¹², p. 519.

sempre chiara è l'origine od il fondamento — che, per quanto anch'esse apparentemente destinate a delineare aspetti analogamente riconducibili al più lato fenomeno della modificazione della pena, in assenza di una espressa presa di posizione normativa non si è sempre in grado di poter apprezzare in modo tecnicamente compiuto. Così, ad esempio, per concetti quali “cause e/o circostanze diminuenti”, “cause e/o circostanze qualificanti”, “condizioni obiettive di maggior punibilità”, etc.: formule tutte che, pur se non sempre espressamente riconosciute in sede legislativa, spesso riemergono anche a livello giurisprudenziale, talvolta con valenza del tutto equipollente alle altre nozioni utilizzate, talvolta invece per contrapporle a queste, e giustificare così l'adozione di soluzioni applicative del tutto antitetiche a quelle apparentemente imposte da una mera considerazione del dato positivo ⁽²⁹⁾.

Di sicuro, il rilievo di queste incertezze è spesso solo marginale e secondario. Nel loro complesso, però, anche tali problemi hanno contribuito a determinare — e, per certi versi, ad accentuare — quello stato di profonda difficoltà, che da tempo impedisce di pervenire ad una convincente identificazione e delimitazione dell'ambito di esclusiva applicazione delle specifiche regole dettate per le circostanze del reato.

A ben vedere è proprio questo l'aspetto più problematico dell'attuale disciplina dell'istituto, in quanto mina alla base la stessa possibilità di una autonoma e razionale legittimazione normativa della categoria. Ed è problema “antico”. Già nei primi scritti immediatamente successivi all'avvento del codice penale del 1930 la dottrina colse subito la necessità di una precisa determinazione dei

⁽²⁹⁾ Per un noto precedente v. A.M. STILE, *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in « Giurisprudenza di merito », 1975, II, p. 290. La sostanziale identità di significati assunta dalla nozione di circostanza “attenuante” e/o “diminuente” è in realtà confermata anche dalla rubrica dell'art. 311 c.p., ove viene così definita una ipotesi di attenuazione della pena caratterizzata dalla tipica incidenza modificativa delle circostanze “in senso stretto”. Com'è noto, la nozione di “circostanze diminuenti” ha peraltro trovato una rinnovata importanza soprattutto a seguito delle specifiche diminuzioni di pena introdotte dal nuovo codice di procedura penale: F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1991, p. 78.

criteri di identificazione delle circostanze ⁽³⁰⁾. L'esito di tutte le soluzioni fino ad oggi prospettate è, tuttavia, decisamente negativo.

Come accennato, nessuna indicazione utile è ricavabile dal contenuto delle varie circostanze previste: la stessa formula introduttiva degli artt. 61 e 62 c.p. è del resto chiara nel precisare che, a seconda dei casi, un identico elemento può assumere rilievo sia quale elemento costitutivo, sia, in alternativa, quale circostanza aggravante o attenuante.

Preso, quindi, atto dell'impossibilità di una identificazione di tipo contenutistico, si è focalizzata l'attenzione sulla complessiva disciplina dell'istituto (ed in particolare di quanto previsto dagli artt. da 63 a 69 c.p.). Si è così posto in rilievo come il principale (se non unico) profilo identificativo dell'istituto possa essere colto solo nella esplicita previsione di effetti modificativi direttamente incidenti sulla sanzione principale stabilita dalla legge per una determinata figura di reato ⁽³¹⁾. Da questo punto di vista, in effetti, l'eventualità che il legislatore fissi in termini generici l'effetto modificativo previsto (facendo, quindi, uso della formula «la pena è aumentata», ovvero «la pena è diminuita») rappresenta indice dotato di notevole precisione a favore della natura circostanziale dell'elemento considerato. Trattasi, infatti, di formula insuscettibile di essere adeguatamente interpretata se non in forza del necessario raccordo con le specifiche regole fissate per le sole circostanze del reato dagli artt. 64 e 65 c.p. ⁽³²⁾.

In molti casi, tuttavia, la previsione di una pena più grave, o più lieve di quella che sarebbe altrimenti applicabile non consente ancora di attribuire sicura natura circostanziale ad un determinato elemento. Ed anche l'eventuale mutamento della stessa specie di pena prevista per il reato base non può essere apprezzato quale indice univoco per escludere la natura circostanziale dell'elemento considerato. Da parte di alcuni autori si è allora ritenuto di poter attribuire valore dirimente ad alcuni ulteriori criteri di portata generale: in particolare (limitando qui la considerazione alle sole

⁽³⁰⁾ R. PANNAIN, *Gli elementi*, cit., pp. 169-187.

⁽³¹⁾ G. MARINI, *Le circostanze*, cit., pp. 18-29; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., pp. 188-190; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 715-719.

⁽³²⁾ T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 196; R. GUERRINI, *Elementi*, cit., pp. 35-36.

opinioni che più hanno trovato riscontro anche in giurisprudenza), taluno ha così fatto riferimento alla possibilità di considerare le circostanze quali elementi inidonei ad incidere sulla sfera del bene giuridico tutelato ⁽³³⁾; da parte di altri si è invece postulata la diversa possibilità di identificare le circostanze quali elementi caratterizzati da un rapporto di necessaria specialità con la sfera costitutiva del reato ⁽³⁴⁾. Entrambe queste soluzioni non trovano tuttavia univoco riscontro sul piano positivo: nel primo caso, in quanto è la stessa disciplina dell'art. 84 c.p. che, al di là di più complesse questioni sulla stessa individuazione dei criteri atti a delimitare la sfera del bene giuridico, conferma l'astratta possibilità di qualificare come circostanza anche quanto già separatamente rilevante quale autonoma figura di reato (con conseguente autonoma rilevanza anche sul piano del raccordo ad un ben determinato — e diverso — oggetto di tutela) ⁽³⁵⁾. Rispetto al secondo criterio proposto, invece, la mancata coerenza con il dato positivo si evince dal fatto stesso che analogo rapporto di necessaria specialità è pacificamente riscontrabile anche nella relazione fra gli elementi costitutivi di due autonome fattispecie di reato (ad esempio: furto e rapina), il che condiziona già a priori la possibilità di individuare una linea di confine idonea ad essere assunta quale requisito effettivamente “tipico” delle sole circostanze ⁽³⁶⁾.

Alla luce di queste premesse risulta, allora, evidente l'assenza di un univoco criterio distintivo e, come si disse già molto tempo fa, la conseguente necessità, caso per caso, di « trovare nella legge i segni, le espressioni della volontà legislativa, i sintomi da cui possa desumersi se si tratta di figura o di circostanza » ⁽³⁷⁾.

Se rapportato con la netta specificità ed autonomia di disciplina che la dottrina italiana riconosce alla categoria circostanze del reato, questo esito interpretativo è uno dei dati più sconcertanti del

⁽³³⁾ G. LEONE, *Reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Jovene, 1937, p. 238.

⁽³⁴⁾ A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., pp. 211-212; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 410-411.

⁽³⁵⁾ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., pp. 563-564; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., pp. 194-195; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 568-569.

⁽³⁶⁾ T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., pp. 194-195.

⁽³⁷⁾ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., p. 566; R. GUERRINI, *Elementi*, cit., pp. 79-80.

dibattito penalistico su questo istituto. Ciò, soprattutto, se si tiene conto di come il ciclico rifiorire di problematiche già da tempo discusse ed affrontate, lungi dall'evidenziare un reale fondamento giuridico, si sia spesso dimostrato funzionale alla sola prospettazione di conclusioni interpretative diverse e contrarie a quelle che una più coerente e distaccata valutazione del dettato normativo avrebbe forse consentito di — se non talvolta addirittura obbligato a — ritenere. Anche tali aspetti tendono, cioè, a presentarsi quali cause indirette di quella più generale situazione di caoticità ed incertezza che, oltre a rivelarsi indice di un vizio intrinseco alla stessa dimensione generale della categoria, contribuisce in misura determinante all'ormai costante ed immediato rinverdire di polemiche e divergenze d'opinione, non appena nuovi interventi legislativi vengano anche solo a sfiorare alcuni specifici aspetti della relativa disciplina normativa.

La problematicità della categoria non si manifesta d'altronde all'interno dei soli margini di operatività di un circoscritto riflesso aggravante o attenuante. A causa delle tante correlazioni infrasistematiche che la materia presenta con altri fondamentali istituti del diritto penale, molte fra le questioni innanzi richiamate vengono in realtà ad assumere spesso una rilevanza determinante sul piano della stessa punibilità, in senso lato, di un certo soggetto. Stabilire se un particolare elemento abbia, o meno, natura circostanziale è infatti questione che, in molti casi, si ripercuote anche sull'*an* della responsabilità penale, posto che diverse sono le regole che governano i relativi parametri di imputazione soggettiva; ed anche se le recenti innovazioni hanno in parte ridotto l'ampiezza di effetti in precedenza apprezzabili ⁽³⁸⁾, di certo ci sono ancora molti casi nei quali l'incertezza sulla esatta qualificazione di un determinato elemento conserva riflessi di centrale rilevanza ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ La riforma del 2005 in materia di prescrizione ha, ad esempio, ridotto l'originaria importanza della precedente questione: F. CORDERO, *Circostanze "generiche" e termine di prescrizione*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1958, p. 824; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze*, cit.

⁽³⁹⁾ Massima l'importanza dei riflessi in tema di procedibilità: rispetto alla passata controversia circa l'incidenza della recidiva sul regime di procedibilità del delitto di truffa, mi permetto rinviare a quanto osservai in *Recidiva e regime di procedibilità*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1987, p. 63, ed all'intervento delle

Ciò non ostante, in uno fra i più recenti manuali di diritto penale italiano si legge, ancora oggi, quanto segue: « Ponendosi da un punto di vista prelegislativo, la differenza di *ratio* che passa tra la configurazione di una circostanza, aggravante o attenuante, e la previsione di una autonoma ipotesi di reato, è quanto mai chiara. Col delineare una nuova fattispecie incriminatrice, il legislatore provvede a colmare una reale o supposta lacuna della protezione penalistica, apprestando in forma adeguata la tutela di un determinato bene giuridico contro una *specificata* forma di aggressione; mediante la previsione di una circostanza aggravante o attenuante il legislatore mira, più semplicemente, ad adeguare la pena applicabile al maggiore o minore disvalore del fatto tipico, che si ritiene consegua a una particolare modalità esecutiva del fatto o, più in generale, alla presenza di determinate “circostanze” del suo realizzarsi » ⁽⁴⁰⁾.

Come già osservato, il portato di queste precisazioni pare, tuttavia, andare ben al di là di quanto diversamente rilevabile da una diretta analisi dell'ordinamento vigente. A tale riguardo basta, infatti, considerare anche il semplice disposto dell'art. 84 c.p., per notare subito come la categoria delle circostanze risulti formalmente in grado di coinvolgere anche « fatti che costituirebbero, per se stessi, reato » ⁽⁴¹⁾. Da un primo punto di vista è quindi evidente come la rilevanza funzionale dell'istituto mal si presti ad essere circoscritta sul solo versante dell'adeguamento sanzionatorio di un certo fatto tipico alle sue possibili variazioni modali, sviluppandosi al contrario anche oltre tale più ristretta sfera di azione ed interagendo direttamente con il fenomeno della convergenza di norme e del concorso di reati. Sotto altro profilo ciò consente, inoltre, di ben apprezzare come il processo di creazione legislativa di una nuova figura di reato non rifletta necessariamente una esigenza di superamento di una “reale o supposta lacuna” nella tutela normativa di un

Sezioni Unite: Cass. 31 gennaio 1987, in « Il Foro Italiano », 1987, II, c. 633, con mia nota di commento *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

⁽⁴⁰⁾ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, P.G., Torino, Utet, 2005², p. 4; in termini analoghi G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 47.

⁽⁴¹⁾ G. VASSALLI, *Reato complesso*, in « Enciclopedia del Diritto », Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII, p. 819.

certo interesse giuridico, ben potendo essere giustificata anche da una mera scelta di diversificazione dei riflessi sanzionatori complessivamente collegati alla applicazione di altre disposizioni incriminatrici ⁽⁴²⁾. In vari casi, d'altronde, la stessa previsione di una autonoma figura di reato pare rispondere ad una logica del tutto analoga a quella innanzi più genericamente indicata quale asserito presupposto pregiuridico dell'intero fenomeno circostanziale ⁽⁴³⁾. Anche in quest'ottica appare pertanto difficile attribuire alla contrapposizione fra elementi costitutivi e circostanze del reato quella univoca differenza di funzioni e di ruoli, che le affermazioni innanzi citate sembrerebbero al contrario presentare quale indice di una distinzione immanente alla stessa dimensione ontologica del diritto penale.

4. *L'importanza di una rinnovata verifica storico-comparatistica dell'attuale disciplina italiana.*

Come accennato, alla luce di questa perdurante situazione di incertezza, in tempi più recenti è parso metodologicamente corretto optare per un tentativo di radicale rivisitazione delle varie problematiche sottese al tema delle circostanze. Più precisamente, a fronte della riconosciuta insufficienza di ogni pregresso sforzo di razionalizzazione dogmatica e funzionale del sistema vigente, è parso utile muovere da un sostanziale azzeramento del dibattito e da una

⁽⁴²⁾ Il ruolo della disciplina delle circostanze nel quadro del fenomeno del concorso di norme e di reato è stato oggetto di studi anche importanti (R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Giuffrè, 1971², pp. 352-353; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, Cedam, 1951, p. 63), ma, come ho osservato in altra sede (A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 520-529) anche l'esito di queste indagini ha scontato il peso di molteplici condizionamenti concettualistici e non pare essersi affrancato dall'idea di una necessaria contrapposizione dogmatico-funzionale delle circostanze rispetto ad altri elementi della fattispecie.

⁽⁴³⁾ Si pensi, ad esempio, al significato di molte fattispecie che, come, ad esempio, nel caso dell'omicidio del consenziente, risultano caratterizzate da un mero rapporto di specialità rispetto ad una più generale figura di reato, e di fatto appaiono certamente improntate più ad una esigenza di adeguamento del rapporto fra disvalore del fatto e pena astrattamente irrogabile, che a quella di colmare una ipotetica lacuna legislativa nella tutela del corrispondente bene giuridico.

rimodulazione della linea investigativa in un'ottica di taglio storico-comparatistico ⁽⁴⁴⁾.

Il valore metodologico di questa soluzione non necessita di essere particolarmente sottolineato. È noto, infatti, come « la ricerca storica eviti di considerare le multiformi prospettazioni di una categoria dogmatica come “fenomeni” di strutture calate in un eterno, immutabile presente, in un’asettica atemporalità che le svuota del reale significato da esse assunto nella concretezza della loro applicazione storica. Il recupero di tale significato apre, invece, la via per mettere in luce l’autentica portata, non solo sul piano strettamente giuridico, ma altresì su quello *lato sensu* ideologico-politico, di una categoria dogmatica; e, in definitiva, per assicurarne una comprensione non formalistica ed astratta » ⁽⁴⁵⁾. Sotto altro profilo è inoltre riconosciuta la stretta complementarietà che questo primo taglio d’indagine assume nel rapporto con le ulteriori implicazioni di stampo comparatistico: « l’origine storica delle nostre classificazioni, il carattere relativo dei nostri concetti, il condizionamento politico o sociale delle nostre istituzioni ci sono rivelati chiaramente solo se, per studiarli, ci mettiamo al di fuori del nostro proprio sistema giuridico » ⁽⁴⁶⁾. Se ci si limita allo studio di un solo ordinamento, alcune classificazioni possono infatti apparire come imprescindibili. Il diritto comparato ci mostra invece come queste non siano dotate di valore assoluto e ci consente di meglio affrontare « il problema, al di là della loro origine, della loro ragion d’essere e della loro portata reale nello stesso sistema del nostro diritto nazionale attuale. Altrettanto può dirsi dei concetti utilizzati nel nostro diritto: anche qui il diritto comparato contribuisce a distruggere un certo atteggiamento mentale che tende ad attribuire ai medesimi un carattere di imprescindibilità e che in certe epoche o in certi paesi ha

⁽⁴⁴⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 42-49.

⁽⁴⁵⁾ T. PADOVANI, *Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevolezza*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1973, p. 555, in sintonia con T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania*, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano, Giuffrè, 1965, p. 50: « Una considerazione storica non è in alcun luogo così necessaria per l’esistenza del diritto quanto proprio nell’ambito del diritto penale. Senza storia del diritto penale non può esistere alcuna scienza penalistica che abbia pieno valore ».

⁽⁴⁶⁾ R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1973², p. 5.

condotto a sacrificare alla coerenza logica dei concetti gli interessi che il diritto è destinato in ultima analisi a servire » ⁽⁴⁷⁾.

Da qui pertanto l'opzione per un tentativo di "rompere" le barriere di natura concettualistica e pregiuridica, che hanno segnato il tradizionale studio italiano della materia delle circostanze, e cercare di calarne la relativa analisi in un più ampio contesto di valore storico e comparato, che consentisse di meglio apprezzare i termini attraverso i quali si è giunti alla concretizzazione di questioni che, viste oggi quali aspetti caratteristici di un unico coacervo di complessità globale ed unitaria, potrebbero invece aver rappresentato solo il frutto di un dibattito nel quale si sono progressivamente sedimentati i riflessi di un'evoluzione legislativa non sempre attentamente valutata e spesso forse sviluppatasi sotto il peso di condizionamenti e di forzature interpretative dettate da contingenti ragioni di tipo tecnico-normativo, o da superate esigenze politico-criminali.

Il favore per questa soluzione metodologica, di recente maturato anche in altri paesi ⁽⁴⁸⁾, era del resto motivato proprio dalla stessa carenza, ma anche dalla labile attendibilità di precedenti studi di taglio storico-comparatistico. Da un certo punto di vista appare anzi significativo ed emblematico che, anche nei pochi casi nei quali ci si era (pur sinteticamente e marginalmente) fatti carico di dare conto del diverso regime previsto in altri paesi, l'esame delle relative soluzioni normative avesse spesso trovato spazio più per rimarcare ⁽⁴⁹⁾ — in altri momenti storici, addirittura per esaltare ⁽⁵⁰⁾ — l'assoluta peculiarità della disciplina nazionale, che per procedere ad

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ M. ALONSO ALAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, tesi dottorale, p. 7; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1988, pp. 35-50; M.N. PEDROSA MACHADO, *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português*, Lisboa, 1989, p. 31.

⁽⁴⁹⁾ A.M. STILE, *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 1982, (94), p. 173.

⁽⁵⁰⁾ Sintomatiche le parole di R. PANNAIN, *Gli elementi*, cit., quando — era l'anno 1936 — nella premessa, osservava: « Ho tenuto conto della dottrina straniera, ma senza feticismo, anzi con un po' di prevenzione, perché soprattutto stimo e valorizzo il genio italiano ».

una verifica della coerenza e/o della effettiva plausibilità teorica e funzionale del modello adottato con la legislazione del 1930.

Fino a quel momento, in ogni caso, i principali studi in argomento avevano focalizzato l'attenzione soprattutto sulla possibilità di distinguere i diversi modelli di disciplina delle circostanze tenendo conto delle sole caratteristiche tecniche della loro concreta previsione legislativa. Si sono così tradizionalmente contrapposti ordinamenti fondati su di una predeterminazione casistica delle singole circostanze, a quelli privi di esplicite disposizioni circostanziali ed a quelli viceversa caratterizzati dalla previsione di ipotesi di aggravamento e/o di attenuazione prive di un tassativo paradigma normativo ⁽⁵¹⁾. Particolare importanza è stata inoltre attribuita alla presenza, o meno, di circostanze aventi rilevanza generale, distinguendo altresì fra ordinamenti caratterizzati dalla indicazione di poche ed isolate ipotesi, ovvero dalla previsione di veri e propri elenchi di plurime circostanze comuni ⁽⁵²⁾.

Al di là di una generica valutazione delle diverse soluzioni di volta in volta adottate, l'utilità comparatistica di tali canoni classificatori è tuttavia relativa: la possibilità di un contemporaneo ricorso a più soluzioni, mediante integrazioni reciproche analoghe a quelle effettuate dallo stesso legislatore italiano, rende infatti quasi impossibile tentare di forzare le prerogative dei molteplici sistemi vigenti all'interno di schemi rigidi e predeterminati.

Nello stesso tempo, però, l'importanza di una rinnovata analisi in questa direzione pareva parimenti confermata dalla stessa necessità di meglio comprendere le ragioni della notevole difficoltà riscontrate in questo approfondimento. Già verso la fine del secolo scorso, ad esempio, uno fra i più autorevoli studiosi spagnoli ebbe occasione di sottolineare come la presenza di diversi modelli di disciplina rendesse quanto mai complessa e problematica la « terminacion de las Concordancias » ⁽⁵³⁾. Ed indicazioni di analogo tenore furono segnalate anche nel corso di un importante — e per

⁽⁵¹⁾ Schema identico si seguiva anche in passato: B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, Utet, 1899, vol. III, p. 447.

⁽⁵²⁾ J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría*, cit., p. 35.

⁽⁵³⁾ J.F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881⁵, vol. I, p. 186.

certi versi unico — convegno internazionale sulla tematica delle circostanze aggravanti, nel corso del quale molti relatori denunciavano espressamente la notevole difficoltà incontrata nell'affrontare l'argomento in termini analoghi a quelli seguiti da esponenti di altre nazionalità, tant'è che nella stessa mozione conclusiva si fece riferimento esplicito all'assoluta esigenza ed opportunità di nuovi approfondimenti comparatistici ⁽⁵⁴⁾.

Anche sul piano storico, del resto, ancorché i riferimenti bibliografici risultino sicuramente più numerosi, si avvertiva una notevole carenza di informazioni utili a meglio cogliere l'effettivo fondamento della specifica normativa prevista dal codice italiano del 1930. Pure su questo versante, infatti, al di là di approfondimenti sui diversi fattori oggettivi e soggettivi più rilevanti nella graduazione della gravità del reato e della pena, ovvero sulla differenziazione delle soluzioni di tecnica normativa complessivamente adottate e/o adottabili per la valorizzazione di tali medesimi fattori, sullo sfondo era ed è dato cogliere il peso di apriorismi di tipo concettualistico, che, oltre a rinforzare l'idea di una sorta di valenza pregiudiziale della categoria delle circostanze, portavano parimenti a considerare — ma così anche a legittimare — la disciplina positiva vigente come il mero precipitato logico di quanto altrimenti riconducibile alla "ontologica" diversità delle circostanze, così intese, quali "*elementi accidentali del reato*", rispetto al più specifico (ma, come visto, in concreto non distinguibile) ambito degli "*elementi essenziali del reato*".

Ecco, allora, che, nella prospettiva di questa rinnovata disamina storico-comparatistica, prima ancora che sulla peculiarità della tecnica casistica all'epoca sottolineata dallo stesso Ministro Alfredo Rocco, è stata avvertita la necessità e l'utilità di un approfondimento indirizzato soprattutto a verificare il reale fondamento dei due pilastri di disciplina generale sui quali poggia l'attuale ambito di autonomia sistematica e di necessaria differenziazione delle circostanze dagli altri elementi del reato; e cioè: da un lato, le regole di imputazione soggettiva (artt. 59 e 60 c.p.) e di comunicabilità delle

⁽⁵⁴⁾ Ci riferiamo al IX Congresso dell'*Association Internationale de Droit Pénal*, che si tenne a L'Aja dal 23 al 30 agosto 1964 ed al precedente colloquio preparatorio tenutosi a Varsavia nel settembre 1963: gli atti sono pubblicati in « *Revue Internationale de Droit Pénal* », 1965, pp. 277-827.

circostanze tra concorrenti (art. 118 c.p.); dall'altro, le specifiche disposizioni dettate dagli artt. 63/69 c.p. per il computo della pena e delle modificazioni aggravanti ed attenuanti nel caso di "reato circostanziato".

5. *Gli esiti dell'indagine: a) sulle regole di imputazione soggettiva delle circostanze e di "comunicabilità" tra i concorrenti.*

L'importanza teorico-sistematica delle apposite regole dettate per l'imputazione soggettiva delle circostanze è notoria, anche perché, come detto, rappresenta il primo caposaldo di quella più generale rilevanza della categoria che, a torto od a ragione, nell'ambito dell'ordinamento italiano vigente ha portato a tracciare una netta linea di demarcazione rispetto alla parallela, ma diversa disciplina prevista per i c.d. elementi costitutivi del reato.

L'indagine storica e comparata sulla genesi di questa disciplina ha confermato la possibilità di cogliere aspetti di fondamentale importanza per una sua più corretta comprensione.

Già dal confronto con la pregressa esperienza italiana maturata durante la vigenza del Codice penale del 1889 emerge con assoluta chiarezza che, lungi da qualunque possibilità di essere interpretata come una sorta di riflesso necessario della diversa valenza pregiudiziale di determinati elementi della fattispecie, l'iniziale adozione di un regime di imputazione oggettiva fu solo la conseguenza diretta del dibattito scaturito dai complessi problemi pratici, che furono riscontrati, da parte di un settore della giurisprudenza dell'epoca, nell'accertamento del dolo dell'agente con particolare riferimento alle circostanze aggravanti del reato di ricettazione previsto dall'art. 421 del codice penale del 1889 ⁽⁵⁵⁾.

La questione fu fortemente condizionata dallo specifico dettato di questa disposizione: la misura della pena prevista per il reato di ricettazione era, infatti, stabilita mediante un rapporto di tipo matematico con la pena astrattamente prevista per il reato da cui provenivano i beni ricettati: se questi ultimi fossero risultati provenire da delitto punito con una pena detentiva superiore ai cinque

⁽⁵⁵⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 435-445.

anni, la pena del ricettatore avrebbe perciò dovuto essere sostituita con altra più grave, pur senza eccedere la metà della pena stabilita per tale particolare illecito. Complessi problemi di accertamento del dolo dell'agente vennero, perciò, a determinarsi in tutti i casi nei quali il delitto, dal quale provenivano le cose ricettate, risultava a sua volta caratterizzato dalla sussistenza di particolari circostanze aggravanti: il potere/dovere di tener conto degli effetti di queste ultime anche con riguardo alla pena astrattamente irrogabile al ricettatore era infatti subordinato alla necessità, chiaramente irta di notevoli difficoltà pratiche, di fornire piena prova della "scienza" del reo anche in ordine alla pregressa integrazione di tali più specifici elementi circostanziali ⁽⁵⁶⁾.

Un indirizzo di marca soprattutto giurisprudenziale cominciò così a distinguere fra regole valide per gli elementi costitutivi del fatto e regole diversamente applicabili alle sole circostanze del reato e, in pieno contrasto con la più comune interpretazione dell'art. 45 del codice penale Zanardelli, si giunse ad escludere che, anche con riguardo alle singole circostanze aggravanti riscontrate (e principalmente di quelle connesse al reato commesso da chi aveva fornito le cose ricettate) fosse sempre necessario fornire piena prova di una loro diretta conoscenza da parte del reo ⁽⁵⁷⁾.

Per quanto apparentemente circoscritta ed isolata, la questione acquisì subito notevole importanza, rappresentando anzi uno dei principali esempi di quelle specifiche applicazioni pratiche, che, anche in difetto di una norma apposita, indussero dottrina e giurisprudenza a legittimare alcune prime « deviazioni dal dogma dell'assoluta volontarietà » nell'attribuzione delle circostanze aggra-

⁽⁵⁶⁾ G. CRIVELLARI, *Il Codice per il Regno d'Italia*, Torino, Utet, 1898, vol. VIII, sub art. 421, pp. 272-294. V. altresì F. CARRARA, *Ricettazione dolosa di cose furtive*, 1860, poi in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, Cammelli, 1898⁵, vol. III, p. 423.

⁽⁵⁷⁾ In sede pratica, le soluzioni adottate presentarono tuttavia alcune differenze. Un primo orientamento ammise la possibilità di un diretto addebito oggettivo delle singole ipotesi aggravanti, ponendone i relativi effetti a carico del reo anche a prescindere da qualunque ulteriore attività di accertamento probatorio. Meno rigorosa risultò, invece, la soluzione prospettata da parte di un secondo indirizzo, che si limitò a riconoscere una sorta di presunzione *juris tantum* di conoscenza dell'imputato, con conseguente inversione a suo carico del relativo onere probatorio.

vanti ⁽⁵⁸⁾. Nella sostanza risulta, però, inequivocabile come tale soluzione, giustificata dalle sole esigenze della prassi applicativa del tempo, risultasse in netto contrasto sia con l'opinione più tradizionale, con le effettive intenzioni del legislatore del 1889. Segnalava, in proposito, Crivellari: « dall'avere detto il legislatore che l'agente o l'omittente non può essere punito se non quando abbia voluto il fatto che costituisce il delitto, non debesi poi desumere che alla punibilità sia necessario che la volontà venga soltanto diretta all'elemento o agli elementi costitutivi del delitto, in guisa che delle circostanze che lo aggravano dovesse rispondere incondizionatamente, le abbia o non le abbia volute. Sarebbe un errore », aggiungeva. Un errore, in particolare, perché « per quanto una circostanza si presenti come aggravante, anziché costitutiva di un delitto, una volta che il fatto da cui è costituita questa circostanza è specialmente preveduto dal legislatore, non solo aumenta la quantità del delitto, ma si immedesima col delitto, per modo che se manca questo, non può sussistere giuridicamente neppur esso » ⁽⁵⁹⁾.

Ancorché presentata quale regola di asserita coerenza con la natura meramente "accidentale" delle circostanze, solo da questa problematiche contingenti ha tratto origine la drastica decisione di fissare in modo esplicito e definitivo la pur contestata regola sulla valenza meramente oggettiva delle circostanze del reato, espressamente presentata quale « soluzione ispirata a concetti realistici, che ha, se non altro, il merito di sgombrare il campo da una serie di indagini, sempre difficili, spesso impossibili, dirette ad accertare se il colpevole avesse o meno conoscenza delle stesse » ⁽⁶⁰⁾.

La conferma del valore meramente contingente ed opinabile di una pretesa diversificazione astratta e generale del regime di imputazione soggettiva delle circostanze ben emerge, tuttavia, anche da una più ampia disamina storico-comparatistica. Così, in particolare, pur senza poter qui illustrare tutti i passaggi complessivamente ripercorsi, l'indagine storica ha mostrato con chiarezza che, ferma la sicura evidenza di un diretto collegamento concettuale e funzionale con il più remoto dibattito teorico in materia di arbitrio giudiziale e

⁽⁵⁸⁾ A. SANTORO, *Teoria*, cit., prefazione.

⁽⁵⁹⁾ G. CRIVELLARI, *Il Codice*, cit., 1892, vol. III, *sub* art. 45, p. 329.

⁽⁶⁰⁾ V. *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1^a, 106.

di determinazione delle sanzioni penali ⁽⁶¹⁾, con l'avvento delle codificazioni illuministiche la rilevanza normativa di una serie di circostanze — o elementi, o cause — aggravanti od attenuanti la pena, venne convogliata (anche e soprattutto) sul fronte della specificazione legale delle singole fattispecie di reato. Tale innovazione tecnico-legislativa favorì parimenti l'insorgere di una serie di questioni interpretative, spesso di rilievo più processuale, che sostanziale, per effetto delle quali in vari ordinamenti si venne a prospettare una più stretta necessità di distinguere, anche concettualmente, tra circostanze ed altri elementi costitutivi o modificativi del reato. L'avvio di questo processo risultò molto importante ed evidente soprattutto nell'ambito dell'esperienza normativa francese successiva all'avvento della codificazione del 1791. Da un lato, infatti, l'adozione di un sistema di misure fisse di pena portò ad accentuare l'esigenza di riconoscere spazi di mitigazione della pena e favori, anche a causa delle regole processuali sulle questioni di specifica competenza delle giurie popolari, la necessità di distinguere tra le c.d. *excuses atténuantes* (vere e proprie cause di modificazione legale della pena sostanzialmente coincidenti con le attuali "circostanze attenuanti proprie") e le c.d. *circonstances atténuantes* (indeterminate e di natura meramente discrezionale). Sotto altro profilo, tuttavia, l'adozione di analoga rigidità commisurativa anche per le variazioni di pena connesse a singoli elementi di specializzazione (in senso aggravante) della fattispecie principale pose per la prima volta di fronte alla necessità di distinguere tra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi del reato e questo perché, in base alle regole stabilite dal *Code d'instruction criminelle* del 1808 per le deliberazioni della Corte d'assise, il giudizio sulla eventuale sussistenza di circostanze aggravanti avrebbe dovuto essere sottoposto alla giuria popolare come questione separata ed autonoma rispetto a quella relativa al fatto principale ⁽⁶²⁾.

Ferma la rilevanza prettamente processuale di questa iniziale esigenza di distinzione, la questione ha poi trovato più ampio rilievo sostanziale proprio in relazione a specifici riflessi di imputazione

⁽⁶¹⁾ Su questi più remoti aspetti storici dell'indagine v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 76-131.

⁽⁶²⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 184-187.

soggettiva nel quadro della disciplina del concorso di persone nel reato. La giurisprudenza formatasi sotto il *Code pénal* del 1791 aveva, infatti, affermato che eventuali *circonstances intrinsèques* del reato avrebbero potuto essere poste a carico dei complici solo qualora questi ne avessero avuto conoscenza. Con l'avvento del *Code pénal* del 1810 e con l'introduzione del principio della c.d. *criminalité d'emprunt*, in forza del quale la responsabilità concorsuale veniva ad essere basata sulla sola considerazione dell'illecito configurabile rispetto alla condotta ed alle peculiarità soggettive dell'autore principale del reato, la giurisprudenza si consolidò su posizioni opposte: muovendo proprio da una rigoristica valutazione della regole previste in tema di ricettazione, secondo le quali nel caso in cui particolari circostanze aggravanti riscontrate nel reato commesso dall'autore principale avessero comportato l'irrogazione di una maggior pena quest'ultima avrebbe dovuto essere applicata nei soli confronti dei complici, i quali, all'atto della ricettazione, avessero avuto conoscenza dell'esistenza di tali circostanze, si giunse così ad affermare che, al di fuori di questo limitato caso, tutte le altre circostanze aggravanti avrebbero dovuto essere poste a carico dei complici anche se da essi non conosciute ⁽⁶³⁾. Questa tesi incontrò forti reazioni da parte di vari studiosi dell'epoca ⁽⁶⁴⁾, ma, anche dopo la cancellazione dell'originario disposto dell'art. 63 del *Code pénal* del 1810 e la configurazione della "ricettazione" quale autonomia fattispecie incriminatrice, la *Cour de cassation* francese mantenne fermo quel primo orientamento interpretativo, ribadendo l'estensione degli effetti modificativi della pena anche laddove il singolo concorrente non avesse avuto contezza dell'esistenza, o della possibilità di successiva integrazione, di determinate circostanze aggravanti ⁽⁶⁵⁾. La linea di fondo è stata poi ulteriormente gravata da tutta una serie di profili paralleli, che hanno contribuito a fornire un

⁽⁶³⁾ A. CHAUVEAU- F. HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles, Meline, 1845, vol. I, p. 211.

⁽⁶⁴⁾ J.M. LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie Royale 1830³, vol. I, p. 135. Molto netta e precisa fu in particolare la critica di P. ROSSI, *Trattato di Diritto penale*, trad. di E. Pessina, Torino, Utet, 1853, 413-414.

⁽⁶⁵⁾ M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Paris, Cujas, 1976, vol. I, p. 94; per altri riferimenti A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 198-199.

quadro complessivo di ancora maggior rigore, arbitrio ed eterogeneità: così, ad esempio, giustificando l'estensione di circostanze di natura personale, sulla scorta di non ben precisati — e spesso del tutto apodittici — riflessi sulle caratteristiche intrinseche del fatto commesso; od ancora più drasticamente negando la natura circostanziale di determinate qualità personali dell'autore e, sempre in ragione del solito principio della *criminalité d'emprunt*, ponendo a carico di tutti i complici i relativi effetti aggravanti ⁽⁶⁶⁾. Su quali limitati presupposti di omogeneità venisse così a fondarsi la più generale distinzione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato, è certo dato subito comprendere.

Nella letteratura francese a cavallo del nuovo secolo la considerazione di questi aspetti assunse poi toni di rilievo molto più generale, quasi a sottolineare il carattere centrale che la distinzione sembrava poter vantare rispetto alla stessa valenza concettuale della categoria delle circostanze aggravanti. A differenza di quanto riscontrabile nel quadro del parallelo dibattito italiano, riferimenti, più o meno velati, a presupposti di tipo ontologico e/o prenormativo sono però rimasti quasi del tutto assenti: anche laddove fatto oggetto di maggiore approfondimento dogmatico, il problema della distinzione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato è stato infatti sempre affrontato secondo una prospettiva rigidamente tecnica, e nella consapevolezza della portata contingente (e principalmente processuale) dei relativi presupposti di fondo ⁽⁶⁷⁾.

Dalla complessiva indagine storico-comparata ben emerge, tuttavia, come questa esperienza trovi ampio riscontro anche in altri ordinamenti europei, dai quali pure si trae conferma del valore meramente contingente ed arbitrario di ogni soluzione normativa e/o interpretativa volta a predeterminare una aprioristica possibilità di distinzione tra elementi costitutivi del reato e singole circostanze aggravanti e/o attenuanti rispetto alle regole di imputazione soggettiva o di c.d. "comunicabilità tra i concorrenti".

Da questo punto di vista, anzi, proprio la specificità dell'originaria disciplina francese sul concorso di persone nel reato ha

⁽⁶⁶⁾ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1952, vol. I, p. 175.

⁽⁶⁷⁾ J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1886⁵, p. 488; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit Pénal français*, Paris, 1914³, vol. II, p. 712.

consentito di meglio individuare i tratti essenziali di una problematica — quella della c.d. comunicabilità delle circostanze — che, non a caso, tanto in Francia, quanto in altri ordinamenti esaminati, ha fornito l'occasione ed il pretesto per una prima presa di posizione legislativa a favore di una autonoma disciplina di imputazione delle circostanze. Sempre a questo riguardo, dati di notevole valore generale sono, in effetti, emersi anche dall'analisi degli sviluppi registratisi nell'ordinamento tedesco ⁽⁶⁸⁾, nonché in quello spagnolo, l'esame del quale ha altresì offerto lo spunto per una indiretta considerazione delle analoghe problematiche che hanno contrassegnato quasi tutte le principali codificazioni dell'Italia preunitaria ⁽⁶⁹⁾. Inutile (e impossibile) comunque, anche in questo caso, ritornare su ogni singolo aspetto innanzi più diffusamente trattato. Basti qui solo l'ulteriore richiamo ad alcune significative caratteristiche tecnico-legislative che, nell'economia della esperienza spagnola, hanno fatto da sfondo all'enucleazione di una prima, più dettagliata, casistica di circostanze di rilevanza "comune" ed ai riflessi che la presenza di un corrispondente insieme di regole generali ha, di fatto, determinato nell'ulteriore sviluppo dell'analisi teorica dell'argomento. Proprio la previsione di una espressa disciplina generale dell'istituto risulta, infatti, avere sensibilmente contribuito ad accentuare gli spazi di una successiva asserita necessità di contrapposizione sistematica con altri elementi del reato ⁽⁷⁰⁾; una contrapposizione, tuttavia, che, oltre a risultare del tutto estranea alle originarie intenzioni del legislatore spagnolo, si è in seguito rivelata fonte di una problematicità che non ha mancato di condizionare anche i successivi interventi di riforma ⁽⁷¹⁾.

6. Segue b) *sulle regole di computo della pena per il "reato circostanziato"*.

Indicazioni di notevole rilievo ed importanza sono parimenti emerse anche dall'approfondimento storico-comparatistico degli

⁽⁶⁸⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 315-418.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, pp. 225-314.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. 255-298.

⁽⁷¹⁾ Ivi, pp. 299-314.

aspetti relativi alla rilevanza funzionale delle circostanze ed alla previsione di singole regole di computo degli effetti aggravanti ed attenuanti.

Il quadro delle informazioni rilevanti in questo ambito è ovviamente molto articolato e complesso, in quanto abbraccia in forma più generale l'intera problematica della personalizzazione della pena, nel variegato insieme dei molteplici modelli di tecnica legislativa che, in prospettiva di comparazione diacronica, hanno portato all'adozione di diversificate forme di raccordo ed interazione tra il piano della c.d. commisurazione legale della pena e quello più strettamente afferente alla c.d. commisurazione giudiziale della pena e che, all'interno di quest'ultimo settore, hanno ulteriormente elaborato più soluzioni tecniche di "governo" ed "indirizzo" del potere discrezionale del giudice.

Da questo punto di vista, invero, pur senza alcuna possibilità di dare pieno conto in questa sede di quanto complessivamente emerso da tale indagine, l'esito dei risultati raggiunti fornisce conferma della assoluta esclusività del modello di tecnico-normativa che è dato ancora oggi apprezzare nella disciplina italiana delle circostanze. Si tratta, in particolare, di una specificità, che certamente si caratterizza per l'ampio spazio riconosciuto alla predeterminazione casistica delle singole aggravanti ed attenuanti, ma che soprattutto si connota per la peculiarità delle regole previste per il computo degli effetti modificativi, anche in relazione al concorso omogeneo ed eterogeneo delle circostanze.

Il connotato di assoluta esclusività è *in primis* del tutto pacifico sul piano della comparazione giuridica, atteso che non è dato rinvenire alcun ordinamento che abbia adottato il medesimo modello d'insieme. Importanti profili di maggior continuità sono invece apprezzabili nel confronto con la previgente disciplina del Codice penale "Zanardelli" del 1889.

Rispetto a quest'ultima il principale elemento di differenziazione è sicuramente rappresentato dalla più ampia opzione per la tecnica casistica, frutto dichiarato dell'iniziale abbandono delle circostanze attenuanti generiche/indefinite previste dall'art. 59 del codice previgente (fonte, come si disse, di notevoli critiche e dissidi interpretativi, ed abolite perché, «per la loro stessa genericità e indeterminatezza, avevano dato luogo a gravi inconvenienti nella

pratica » ⁽⁷²⁾) e, sotto altro profilo, perché soluzione che consentì anche di meglio esprimere quella spinta classificatoria di dati personali del reo che, nel frattempo (come bene si riscontrò anche nel precedente progetto di codice elaborato dal Ministro Ferri ⁽⁷³⁾) aveva trovato maggior spazio per via dell'influsso della "scuola positiva".

Più diretta continuità è invece dato cogliere nelle regole di computo degli effetti aggravanti ed attenuanti, in quanto la disciplina adottata nel 1930 è rimasta sostanzialmente quella che lo stesso Codice Zanardelli aveva introdotto per la prima volta (all'art. 29) al fine di superare i molti vizi riscontrati con il c.d. sistema dei gradi di pena, diffuso in vari stati europei e presente anche nelle precedenti esperienze "italiane" ⁽⁷⁴⁾. Con questo nuovo modello la predeterminazione dell'efficacia modificativa di ogni singola circostanza veniva articolata secondo più possibili varianti. In alcuni casi, ed in particolare in quelli per i quali si ritenne giustificato procedere ad una vera e propria sostituzione — nel linguaggio dell'epoca: "commutazione" — della pena ordinaria, si stabilì l'applicazione di una misura di pena indipendente dall'entità e/o dal genere della sanzione altrimenti stabilita per il reato semplice; altrove si procedette viceversa ad indicare « tassativamente la maggiore o minore penalità che deve infliggersi nel concorso di tale o tale altra circostanza, sostituendo cioè all'ordinaria una nuova latitudine penale. Ma nel maggior numero dei casi, considerando che con questo primo sistema si sarebbe dovuto discendere a troppo numerose e prolisse specificazioni, essendo moltissime e diverse le ipotesi criminose nelle quali può verificarsi il concorso di circostanze aggravanti o minoranti, (fu) adottato invece il sistema degli aumenti o delle diminuzioni mediante frazioni » ⁽⁷⁵⁾, sia secondo il modello delle c.d. "frazioni

⁽⁷²⁾ *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V, parte 1^a, pp. 119-120.

⁽⁷³⁾ *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti* (1921), in E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 602; per ulteriori riferimenti v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 483-486.

⁽⁷⁴⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 225-229.

⁽⁷⁵⁾ L. MASUCCI, *Il sistema di commisurazione delle pene*, in « *Supplemento della Rivista Penale* », 1893-94, II, p. 323. V. anche la *Relazione del Ministro Zanardelli*, testualmente citata da G. CRIVELLARI, *Il Codice*, cit., 1891, vol. II, *sub* art. 29, p. 876.

esatte” (es. un terzo, un sesto, etc.), sia secondo quello delle c.d. “frazioni multiple graduate” (es. da un sesto a un terzo, etc.) ⁽⁷⁶⁾. Questa disciplina prevedeva poi un unico regime di computo anche per i casi di concorso (sia omogeneo, che eterogeneo) di più elementi modificativi della pena: al riguardo si stabiliva infatti un meccanismo di cumulo materiale fondato su di un’applicazione progressiva delle singole variazioni di pena secondo un ordine di calcolo parzialmente predeterminato ⁽⁷⁷⁾.

A differenza del pregresso “sistema dei gradi di pena”, che inquadrava l’effetto modificativo delle circostanze in un passaggio di specificazione intermedia tra il momento della comminatoria edittale delle pena e quello della definitiva concretizzazione giudiziale, l’*iter* commisurativo scandito da queste nuove regole venne a presupporre una concatenazione fra le due fasi molto più complessa ed interdependente di quanto non fosse altrimenti imposto dalla normativa precedente; ma soprattutto comportò lo sbilanciamento degli effetti modificativi verso una fase successiva a quella di quantificazione della c.d. pena-base. L’applicazione pratica di queste regole si rivelò tuttavia quanto mai complessa e problematica, tant’è che già in occasione del “Progetto Ferri” fu subito segnalata l’esigenza di abbandonare quel sistema di “dosimetria penale”, che aveva reso il giudice una sorta di mero « contatore meccanico delle frazioni di frazioni » ⁽⁷⁸⁾. E a questa medesima esigenza si ricollegò anche la successiva riforma introdotta nel 1930, che, pur mantenendo fermo il tendenziale meccanismo di computo posticipato degli effetti modificativi sulla predeterminazione giudiziale della pena-base, con le nuove regole sul c.d. giudizio di bilanciamento delle circostanze ritenne preferibile attribuire più ampio spazio alla discrezionalità giudiziale — queste le parole del Ministro Alfredo Rocco — proprio « per impedire quei frazionamenti micrometrici e pedanteschi della

⁽⁷⁶⁾ U. CONTI, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, in « Enciclopedia del diritto penale italiano », a cura di E. Pessina, Milano, SEI, 1910, vol. IV, p. 854.

⁽⁷⁷⁾ E. FLORIAN, *Del concorso fra le varie circostanze di cui all’art. 29*, in « La Cassazione Unica », 1904, p. 1313.

⁽⁷⁸⁾ E. FERRI, *Principii*, cit., pp. 5 e 357.

responsabilità e della pena, che si lamentarono nell'applicazione del codice » previgente ⁽⁷⁹⁾.

Come visto, la specificità di questo modello commisurativo ha fortemente influenzato la successiva disamina dogmatica e funzionale della materia. Anche su questo versante si è infatti registrata una fuorviante tendenza a muovere da una visione aprioristicamente condizionata dell'istituto, che ha portato a valorizzare oltre misura i presupposti di una sua pur indubbia specificità di disciplina.

L'idea di una rilevanza prevalentemente (se non già prettamente) commisurativa delle circostanze fu in origine influenzata dalle stesse parole del Ministro Alfredo Rocco che, con una precisazione divenuta in seguito una sorta di assioma comune all'analisi della specifica disciplina del concorso eterogeneo di circostanze, sottolineò espressamente come la previsione dell'innovativo giudizio di bilanciamento delle circostanze concorrenti fosse stata ispirata dalla necessità di far sì « che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche » ⁽⁸⁰⁾. Ancorché non del tutto pertinente rispetto all'originaria caratterizzazione dell'art. 69 c.p. (che, come noto, non risultava esteso a tutte le circostanze e soprattutto a quelle c.d. "inerenti alla persona del colpevole"), questa indicazione ha molto pesato nello sviluppo dei primi commenti al nuovo codice, nei quali apparve corretto sottolineare come le circostanze rappresentassero elementi attraverso i quali si realizzava « una migliore concretizzazione della fattispecie e, nello stesso tempo, per l'inscindibile legame fra i due termini, una migliore individualizzazione della corrispondente sanzione » ⁽⁸¹⁾.

Se adeguatamente vagliato, però, il fondamento di tali affermazioni appare tutt'altro che univoco e scontato. Che la predeterminazione legislativa della rilevanza aggravante od attenuante di un

⁽⁷⁹⁾ *Relazione al Re*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. VII, 56.

⁽⁸⁰⁾ *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1^a, 123.

⁽⁸¹⁾ A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., 4; G. SABATINI, *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso*, in « Archivio Penale », 1952, I, p. 100.

certo elemento comporti una maggiore “specificità” della fattispecie incriminatrice alla quale il dato così individuato accede, rappresenta, infatti, un ovvio riflesso della stessa logica che presiede alla formazione della norma giuridica. Nel momento in cui si ricollega tale primo presupposto ad un effetto immediatamente rilevante anche sul piano dell’ulteriore processo di “individualizzazione della pena” è chiaro, tuttavia, che il perno del problema viene radicalmente modificato: dall’apprezzamento della mutata sfera applicativa della fattispecie astratta ci si sposta, infatti, all’accertamento degli esatti termini operativi attraverso i quali la maggiore “specificità” di quest’ultima venga concretamente a tradursi anche in una corrispondente maggiore “specificità” della connessa conseguenza sanzionatoria; aspetto, quest’ultimo, che comunque lascia poi ancora impregiudicata l’ulteriore evidente necessità di valutare fino a che punto questa mutata dimensione sanzionatoria corrisponda veramente anche ad una reale “individualizzazione” della sanzione di fatto applicabile: la maggior specificità delle conseguenze previste per una certa ipotesi circostanziale (soprattutto se predeterminate in astratto) non è, infatti, già di per sé indicativa di una loro maggior aderenza alle caratteristiche “individuali” del fatto e della personalità dell’autore ⁽⁸²⁾.

La dottrina italiana ha tardato a prendere coscienza di questa ambiguità di fondo e ciò, forse, anche a causa dello scarso interesse che ha per lungo tempo contrassegnato l’analisi dei più generali problemi in materia di commisurazione della pena ⁽⁸³⁾. Ciò ha tuttavia portato anche alla già segnalata contrapposizione di letture. Secondo un primo orientamento, la precipua disciplina italiana delle circostanze — ed in particolare di quelle c.d. ad effetto comune — sarebbe effettivamente valutabile in una prospettiva di vera e propria individualizzazione della pena, in quanto espressione della

⁽⁸²⁾ Che il riferimento ad un processo di “concretizzazione” della fattispecie, determinato dalla previsione normativa di più specifici aspetti del fatto costitutivo del reato, comporti solo un fenomeno di “specializzazione”, più che di vera e propria “individualizzazione”, è del resto aspetto da tempo ben sottolineato da studi autorevoli: K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Winter, 1953, p. 55.

⁽⁸³⁾ Sul punto v. per tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.

specifica scelta del nostro legislatore di valorizzare in forma separata ed autonoma il concreto rilievo commisurativo di elementi fattuali altrimenti destinati ad essere apprezzati quali mere “circostanze improprie” (*ex art. 133 c.p.*) e solo nei limiti della sanzione edittale. Il peculiare regime di incidenza frazionaria sulla c.d. pena-base (tipico, in origine, delle sole circostanze ad effetto comune) si configurerebbe, così, come un meccanismo estremamente raffinato e razionale di adeguamento della misura della pena alle caratteristiche individuali del fatto e del suo autore, come tale suscettibile, pur con alcuni parziali ritocchi e correzioni, di essere ulteriormente valorizzato quale valido modello di commisurazione giudiziale della pena anche in vista di una futura riforma del codice ⁽⁸⁴⁾. A conclusioni decisamente opposte è viceversa giunto un precedente indirizzo interpretativo, che, sulla scorta di altri aspetti tipici della disciplina delle circostanze, aveva ritenuto più fondato prospettare un inquadramento funzionale dell'istituto nella sola ottica della determinazione legale della pena ⁽⁸⁵⁾.

Nell'impossibilità di ripercorrere in questa sede l'approfondimento altrove dedicato ad una più ampia disamina di queste tesi contrapposte, ci si può qui limitare a sottolineare come l'asserita valorizzazione del sistema vigente quale modello di un razionale e coerente modello di commisurazione concreta della pena presti il fianco a varie obiezioni. Sul piano sistematico, la tesi viene infatti a presupporre una differenziazione funzionale tra circostanze c.d. “ad effetto comune” e “ad effetto speciale”, che non trova plausibile avallo nella stessa legislazione vigente e che si espone a critiche analoghe a quelle che già sono state segnalate anche in relazione al parallelo e corrispondente approfondimento dogmatico ⁽⁸⁶⁾. Ma la validità di siffatto modello commisurativo non ha trovato conferma neppure al banco della concreta esperienza applicativa: in linea di massima, infatti, nella quotidiana prassi giurisprudenziale gli aumenti o le diminuzioni di pena vengono applicati nella loro com-

⁽⁸⁴⁾ V. ancora G. DE VERO, *Circostanze*, cit., pp. 119-128.

⁽⁸⁵⁾ Così soprattutto A.M. STILE, *Il giudizio*, cit., pp. 52-58.

⁽⁸⁶⁾ Per la critica alla originaria concezione delle circostanze quali elementi autonomi della c.d. “fattispecie concreta” rinvio ancora a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 533-542.

plessiva ampiezza (senza differenza alcuna fra effetti frazionari, fissi, od elastici) e, in sede di motivazione, tali passaggi del processo di commisurazione sono pressoché sempre illustrati mediante il costante ricorso a quelle « formulette pigre »⁽⁸⁷⁾ che, attraverso il consueto generico richiamo all'art. 133 c.p., lasciano interamente nel vago gli esatti termini di estrinsecazione di tale pur significativo margine di discrezionalità giudiziale⁽⁸⁸⁾. Il perno strutturale dell'intero processo di individuazione giudiziale della sanzione è così rimasto ancorato a presupposti di mera "folgorazione intuitiva", all'interno dei quali lo spazio per le pur innegabili componenti di "irrazionalità" della scelta sulla misura della pena risulta ampiamente superiore a quanto di fatto ammesso anche da chi ne ha ravvisato l'astratta compatibilità con una strutturazione del momento commisurativo in termini di vera e propria *Rechtsanwendung*⁽⁸⁹⁾.

Piena conferma di questi rilievi è del resto fornita anche da un ulteriore caratteristico aspetto della più consolidata prassi applicativa: lungi dal porre in luce una particolare correlazione fra gli obiettivi di individualizzazione della pena ed il maggior rilievo concreto di specifici elementi fattuali di valutazione, l'assenza di un effettivo apprezzamento delle singole situazioni giudicate ha infatti favorito il delinarsi di una progressiva individuazione di "penetariffa", di fatto commisurate solo alla astratta tipologia dei reati ed alla cristallizzazione fenomenologica di più specifiche sottofattispe-

(87) Si tratta di nota espressione risalente a G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ora in « Il Tommaso Natale », 1975, p. 214.

(88) E. DOLCINI, *Potere discrezionale*, in « Enciclopedia del Diritto », Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, p. 765. Già F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 109, segnalava l'incompatibilità di tali indirizzi con il rispetto dell'obbligo di motivazione.

(89) F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 105; nella sconfinata letteratura di lingua tedesca v. per tutti K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlin, Springer, 1932, p. 33; T. WÜRTEMBERGER, *Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung*, in *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, Enke, 1970, p. 157.

cie particolari ⁽⁹⁰⁾. In tale contesto, la formale considerazione delle singole circostanze presenti ha fornito solo un supporto di apparente conformità alle astratte valutazioni legislative e, soprattutto, ha favorito il consolidarsi di una scansione dell'*iter* di determinazione giudiziale della pena assolutamente fittizia e, spesso, ricostruita solo "a posteriori" ⁽⁹¹⁾.

Se valutato secondo i "postulati razionalistici" di più recenti teorizzazioni in materia di commisurazione giudiziale, l'attuale modello italiano di correlazione fra la sfera di incidenza delle circostanze e quella della vera e propria determinazione concreta della pena rivela perciò una struttura ancora piuttosto rozza e meccanicistica. Si presenta, infatti, quale modello fortemente condizionato da un'insufficiente e superficiale considerazione delle complesse interrelazioni — ma così anche delle opportune esigenze di demarcazione — fra l'area di determinazione legale della sanzione penale, e quella della successiva commisurazione giudiziale, e di fatto collimante con un disfunzionale frazionamento del processo di individualizzazione della pena in più operazioni di calcolo, fra loro non sempre univocamente coordinate da una chiara prospettiva finalistica, né, tanto meno, improntate ad obiettivi di lineare diversificazione del rilievo concretamente attribuito alla valutazione di ogni singolo criterio fattuale.

Dietro a questo insuccesso del modello di commisurazione concreta della pena applicabile al reato circostanziato si annida tuttavia la reale dimensione funzionale della disciplina ancor oggi vigente. Proprio l'approfondimento storico-comparatistico offre, infatti, più ampia ed univoca conferma della maggior rilevanza e correlazione che la disciplina italiana delle circostanza presenza "soprattutto" con l'area di pertinenza della c.d. commisurazione legale della pena, o, come altrimenti si precisava all'epoca di elaborazione del codice del 1930, della c.d. *determinazione astratta della*

⁽⁹⁰⁾ Celebre ed incisiva la denuncia di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1992, p. 423.

⁽⁹¹⁾ T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1976, p. 395.

pena ⁽⁹²⁾). Non ostante le molte “ambivalenze” che hanno contrassegnato la stessa genesi concettuale e normativa della nozione di “circostanze”, che questo rappresentasse il livello di più corretto inquadramento sistematico dell’istituto fu del resto implicitamente confermato dallo stesso Ministro Rocco, che nel momento stesso in cui si convinse di abbandonare un iniziale progetto di modifica del previgente modello delle c.d. “attenuanti generiche” mediante il ricorso ad una elencazione casistica, ma meramente esemplificativa delle singole circostanze, sottolineò subito come la diversa decisione di adottare un elenco tassativo e vincolante di circostanze portasse, di fatto, ad una sorta di « trasformazione radicale dell’istituto », come tale non più direttamente ricollegabile ai veri e propri problemi inerenti alla quantificazione giudiziale della pena ⁽⁹³⁾. E sotto questo profilo è parimenti significativo il fatto che, dalla rinuncia a tale iniziale soluzione di compromesso tecnico-legislativo, si sia poi giunti ad un sistema che, se da un lato è stato fondato su di una elencazione tassativa delle stesse circostanze comuni a più reati, dall’altro si è caratterizzato anche per l’assoluta novità di una esplicita indicazione di criteri (quelli di cui all’art. 133 c.p.) destinati ad operare nel quadro della *determinazione (specificata) concreta della pena*.

Ma non solo. Il confronto con lo sviluppo di altre legislazioni ha altresì consentito di cogliere nell’attuale disciplina di computo degli effetti modificativi delle circostanze le caratteristiche di un modello di tecnica legislativa che, oltre a confermare una più corretta valorizzazione sul solo versante della c.d. commisurazione legale della pena e nell’ottica della segnalata considerazione delle circostanze quali vere e proprie cause legali di determinazione edittale della sanzione, risulta parimenti funzionale alla soluzione di problematiche che, in altri ordinamenti, sono risultate conseguenti ad una più generale contrapposizione sistematica fra fattispecie autonome e fattispecie diversamente classificate come “meramente dipendenti”.

⁽⁹²⁾ L. CONTI, *La pena*, cit., p. 813.

⁽⁹³⁾ *Discussione generale, Discorso del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto*, in *Lavori preparatori*, cit., I, 266-267. Per la proposta di una elencazione meramente esemplificativa v. *Relazione sul Codice penale dell’On. Alfredo De Marsico*, in *Lavori preparatori*, cit., I, 43.

Illuminante, in questo senso, è apparso in particolare il confronto con le problematiche emerse nel quadro della disciplina spagnola delle circostanze (ed in particolare con riguardo alle c.d. *circunstancias específicas*, altrimenti definite anche quali *circunstancias cualificativas*) ⁽⁹⁴⁾ e nell'ambito della legislazione tedesca (con riferimento, in particolare, alle ipotesi di *Qualifizierungs-* e *Privilegierungsgründe*, ed alla corrispondente configurazione di *qualifizierte* e *privilegierte Tatbestände*) ⁽⁹⁵⁾.

Se considerata in questa più ampia e significativa ottica comparatistica, anche la singolare e controversa disciplina italiana del concorso di circostanze diviene suscettibile di essere letta in una logica molto più compatibile e coerente con il quadro generale della commisurazione legale della pena. Nel caso in cui risultino integrate più circostanze di tipo omogeneo, le regole dettate dall'art. 63 c.p. (ed in questa prospettiva anche dall'art. 68 c.p.) evidenziano, infatti, la chiara necessità di coordinare il rilievo aggravante, od attenuante, delle diverse fattispecie congiuntamente rilevanti: in questo senso si può cioè affermare che i vari criteri di computo, in base ai quali è dato pervenire alla predeterminazione di quell'unica cornice edittale di pena all'interno della quale potrà successivamente procedersi alla sua definitiva commisurazione concreta, ben si prestano ad essere intesi anche quali mere modalità tecnico-operative di una vera e propria disciplina generale di specifici casi di concorso "di più reati"; di quei casi, cioè, nei quali, a differenza di quanto considerato dal parallelo insieme di regole previste dagli artt. 71 e seguenti del nostro codice, le fattispecie concorrenti non sono di tipo "indipendente", bensì meramente "dipendente", in quanto fondate sulla correlazione di singole ipotesi circostanziali con un'unica fattispecie ("indipendente") di reato ⁽⁹⁶⁾.

Analogo rilievo funzionale è parimenti apprezzabile nella diversa ipotesi di concorso di circostanze eterogenee. In questo caso, la considerazione delle corrispondenti fattispecie di reato circostan-

⁽⁹⁴⁾ Per maggiori indicazioni su questi confronti comparatistici rinvio ancora a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 307-314.

⁽⁹⁵⁾ V. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 418-422.

⁽⁹⁶⁾ Per maggiori approfondimenti su questi passaggi v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 757-758.

ziato pone, infatti, in evidenza la diversa possibilità di valutare tale situazione come del tutto analoga a quella che potrebbe essere ravvisata in casi di concorso di più fattispecie caratterizzate da un rapporto di c.d. specialità reciproca bilaterale: casi, cioè, nei quali, a fronte di una sottofattispecie comune a tutte le ipotesi concretamente integrate (sottofattispecie comune che, nel nostro caso, coinciderà con la fattispecie del reato semplice), si presenta l'ulteriore necessità di stabilire quale rilievo dovrà essere attribuito alla congiunta integrazione di vari elementi specializzanti (corrispondenti alle varie circostanze "in concorso") aventi un rilievo sanzionatorio di tipo eterogeneo. Nell'ambito di altri ordinamenti questa ipotesi di concorso di più fattispecie a specialità reciproca non ha formato oggetto di apposita disciplina e, in sede applicativa, si è fatto ricorso a più soluzioni interpretative: talvolta, invocando una asserita, ma opinabile prevalenza necessaria delle ipotesi attenuate ⁽⁹⁷⁾; in altri casi, e con soluzione più condivisa, rimettendo alla valutazione discrezionale del giudice la scelta per la cornice edittale più rispondente al disvalore complessivo del fatto giudicato ⁽⁹⁸⁾. In linea con quest'ultimo confronto comparatistico, l'espressa regola dettata all'art. 69 del codice penale italiano appare quindi come una vera e propria disciplina di queste ipotesi di concorso: una disciplina, quindi, che, in assenza di singole possibili deroghe di volta in volta fissate per legge, rimette alla discrezionalità del giudice il compito di valutare quale contrapposta tipologia di fattispecie (a loro volta, però, valorizzabili in termini sostanzialmente unitari, in base a quanto previsto dalle già considerate regole sul concorso omogeneo) potrà essere ritenuta maggiormente suscettibile di meglio esprimere il complessivo disvalore del fatto concretamente giudicato.

⁽⁹⁷⁾ Si tratta della tesi della c.d. "*Sperrwirkung des mildereren Tatbestands*": F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961, p. 200.

⁽⁹⁸⁾ Si tratta di soluzione risalente a K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1885, p. 527, ed in seguito condivisa dall'opinione prevalente: G.K.W. KLASS, *Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten*, Frankfurt am Mein, 1960, p. 117. Per ulteriori riferimenti rinvio a quanto precisato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 413-417.

7. *Le basi per una "rilettura" del sistema italiano delle circostanze e le conseguenti prospettive programmatiche di riforma.*

Come già emerge da queste ultime puntualizzazioni, l'esito di questa disamina storico-comparatistica consente oggi di rivedere la disciplina italiana delle circostanze in un'ottica significativamente diversa.

Sullo sfondo permane certamente l'impossibilità di fornire una definizione generale ed univoca del concetto di circostanza del reato: nell'evoluzione dei principali ordinamenti giuridici di tradizione continentale il concetto ha infatti conosciuto una portata estremamente mutevole e, comunque, insuscettibile di essere correttamente apprezzata senza una attenta considerazione degli schemi strutturali, delle caratteristiche costitutive e degli effetti normativi di volta in volta posti a fondamento della relativa disciplina positiva.

Anche sul piano lessicale, del resto, la nozione non esprime una intrinseca caratterizzazione di tipo contenutistico e/o funzionale. La stessa matrice etimologica del termine "circostanza", tanto ancora valorizzata ed enfaticizzata, richiama solo l'idea di un *quid* che "sta intorno" (per l'appunto: "*circum stat*") a qualcosa d'altro. Quel *quid* può, però, essere identificato con una sfera estremamente variegata di situazioni, fatti, e/o elementi della più diversa natura, o del più diverso significato; può essere selezionato secondo prospettive quanto mai poliedriche ed articolate (può, cioè, essere individuato secondo schemi di tipo generale e/o particolare; ovvero secondo criteri astratti e/o concreti; od ancora sulla base di parametri oggettivi e/o soggettivi; etc.); può, inoltre, (questo sicuramente l'aspetto più importante sul piano di una valorizzazione di tipo funzionale) vantare un rilievo del tutto distinto e mutevole, a seconda del nesso che, di volta in volta, potrà essere apprezzato rispetto a quel "qualcosa d'altro" dal quale è stato idealmente estrapolato, ma con il quale mantiene una diretta relazione valutativa. Proprio questo intrinseco ed imprescindibile rapporto di relazione, che la nozione di "circostanza" viene implicitamente a postulare richiamando l'idea di un *quid* che sta intorno ad "altro", ben evidenzia, in effetti, come la stessa delimitazione concettuale del termine richiami l'esistenza (e la conseguente necessità di considerazione) di un più ampio contesto d'insieme: il problema della determinazione del valore, dell'efficacia,

della rilevanza, della funzione, di quel *quid* che *circum stat* non è, cioè, univocamente affrontabile, se non dopo aver avuto preventiva concretezza del rapporto, che lo unisce a ciò “attorno a cui” si trova, nonché del criterio e/o della prospettiva di valutazione che, nei vari casi, ha indotto ad estrapolarlo ed a considerarlo in forma separata da quel più generale quadro d'insieme di cui anch'esso, però, “fa parte”.

Nel caso dell'ordinamento penale italiano l'area di rilevanza normativa delle circostanze (di tutte le circostanze, senza distinzione alcuna fra le diverse tecniche adottate dal legislatore per la predeterminazione dei corrispondenti effetti aggravanti o attenuanti) si colloca espressamente sul solo versante della modificazione della pena. Nessun rilievo risulta, quindi, ascrivibile alla eventuale previsione di effetti di tipo processuale (quale, ad esempio, la modifica del regime di procedibilità di un certo reato), ovvero ad una ipotetica correlazione con altri riflessi di tipo sanzionatorio (applicabilità di pene accessorie, e/o di misure di sicurezza, etc.).

Questa stretta correlazione normativa fra circostanze ed effetti di tipo modificativo sulla pena principale dei vari reati assume ovviamente rilievo anche sul piano della stessa identificazione della “fattispecie” alla quale risultano collegate tali conseguenze giuridiche. La dimostrata assenza di una esclusiva ed autonoma rilevanza commisurativa delle circostanze e la connessa impossibilità di una loro valorizzazione al di fuori della diretta correlazione con una determinata figura di reato, confermano, innanzi tutto, la stessa necessità di inquadrare le circostanze nell'economia della più generale fattispecie normativa alla quale risultino collegate le conseguenze per esse specificamente previste. Da questo punto di vista, pertanto, in quanto presupposti ai quali si riconnette l'astratta applicabilità di determinati effetti modificativi della pena principale, anche le circostanze si inquadrano nella struttura della norma giuridica penale, integrandosi con gli elementi costitutivi del reato di volta in volta considerato, e così direttamente partecipando alla configurazione di una nuova (e normativamente autonoma) fattispecie incriminatrice: la c.d. fattispecie del reato circostanziato ⁽⁹⁹⁾. Il

⁽⁹⁹⁾ T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 717-719. L'autonoma ed esplicita rilevanza, che la fase di determinazione editale della pena assume rispetto ad altri possibili riflessi applicativi dà altresì conto della

fatto che, in taluni casi, il legislatore possa avere rinunciato ad una precisa tipicizzazione degli elementi circostanziali, rimettendone il concreto apprezzamento solo ad una valutazione discrezionale del giudice, potrà determinare un ipotetico problema di legittimità costituzionale (per possibile violazione del principio di necessaria determinatezza della norma penale), ma certo non impedisce di riconoscere una diretta riconducibilità delle circostanze alla sfera astratta della fattispecie legale.

Da tutte queste premesse (valide, ovviamente, solo per quanto attiene all'ordinamento italiano vigente) è dato, quindi, giungere ad identificare le circostanze solo quali elementi (definiti, o meno), ai quali la legge ricollega la previsione (obbligatoria o facoltativa) di una modificazione della (cornice edittale della) pena principale stabilita per un determinato reato e che, in forza di questa caratterizzazione funzionale, concorrono alla configurazione di più articolate fattispecie incriminatrici "normativamente autonome", ancorché strutturalmente ed operativamente "dipendenti" da tale separata figura di reato.

Per quanto apparentemente generica e priva di autonomo rilievo dogmatico e/o funzionale, l'indicazione è, in realtà, ancora in grado di legittimare lo sviluppo di importanti implicazioni interpretative.

Innanzitutto perché, valorizzando un dato di mera modificazione delle conseguenze giuridiche previste per una certa figura di reato, tale pur generica caratterizzazione normativa evidenzia l'imprescindibile correlazione che viene necessariamente a determinarsi fra la sfera di operatività delle circostanze e la parallela attivazione di un fenomeno di integrazione fra (gli elementi previsti da) più disposizioni di legge. Ma sotto altro profilo anche perché, stante la riscontrata impossibilità di caratterizzare le circostanze in ragione di

maggiore opportunità di non estenderne la relativa dimensione normativa a quegli ulteriori elementi che, a norma dell'art. 133 c.p. (e comunque al di fuori di un loro eventuale, ma separato apprezzamento ex art. 62 *bis* c.p.) potranno direttamente incidere solo sulla concreta misura di pena applicabile al reo. In questo senso si orientava invece la diversa impostazione di A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, pp. 107 e 460, sulla quale rinvio a quanto osservato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 537-538.

un loro esclusivo rilievo finalistico e/o commisurativo, questo specifico fenomeno di integrazione normativa non pare suscettibile di essere valutato secondo una logica di mera contrapposizione fra elementi del reato, da un lato, ed elementi meramente circostanziali, dall'altro. Al contrario, proprio il fatto di confluire unitariamente nella determinazione di effetti giuridici diversi da quelli autonomamente conseguenti solo all'avvenuta integrazione dei primi evidenzia l'opportunità di una più attenta considerazione dei rapporti che si vengono a determinare (lo ripetiamo: non fra elementi del reato ed elementi circostanziali, ma) fra l'insieme degli elementi del reato ed il più ampio insieme composto da tutti gli elementi (costitutivi e circostanziali), ai quali la legge ricollega l'applicazione di tale distinta conseguenza sanzionatoria: vale a dire dei rapporti fra una prima, più generica, fattispecie di reato e quella, più specifica (e/o comunque in parte diversamente caratterizzata), che trae origine dalla compenetrazione in quest'ultima della singola disposizione circostanziale.

La conclusione è sostanzialmente vicina a quanto già evidenziato da quella parte della dottrina italiana che, come visto, dopo aver ribadito l'impossibilità di qualificare le circostanze se non in ragione dei loro tipici effetti modificativi sulla pena, aveva giustamente sottolineato l'importanza di considerare la stessa rilevanza del fenomeno circostanziale in termini strettamente collegati, non alla singola circostanza, ma all'insieme degli elementi normativamente suscettibili di legittimare l'applicazione dei relativi effetti. Da qui si era perciò giunti a riconoscere la necessità di una corretta ed opportuna valorizzazione, non della sola "fattispecie circostanziale", ma della più ampia "fattispecie del reato circostanziato" ⁽¹⁰⁰⁾. A differenza di quella originaria impostazione, all'epoca forse condizionata anche dalla netta diversità del regime di imputazione soggettiva, l'innegabile diversità tra una "fattispecie autonoma di reato" ed una parallela "fattispecie circostanziata di quel medesimo reato" non obbliga, però, anche a postulare una necessaria contrapposi-

⁽¹⁰⁰⁾ Su questa impostazione v. ancora M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., 566; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 717-719; e ora anche A. SPENA, *Accidentalità delicti?*, cit., p. 648.

zione dogmatica e/o funzionale tra elementi costitutivi e singole circostanze.

È quindi alla luce di queste premesse che si apre la possibilità di rivedere il significato dell'apposita disciplina generale delle circostanze del reato in un'ottica in parte diversa da quella che, secondo larga parte della dottrina italiana, ha invece indotto a configurare in chiave autonoma la rilevanza normativa dell'istituto.

Come già visto, lungi dall'essere intesa quale specifico modello di commisurazione concreta della pena, l'attuale disciplina di computo degli effetti modificativi delle circostanze e le connesse regole sul c.d. concorso di circostanze si prestano ad essere meglio interpretate nella sola ottica del concorso di più fattispecie incriminatrici, prospettando una disciplina parallela a quella del concorso tra fattispecie autonome (o "indipendenti") di reato e destinata alla regolamentazione dei diversi casi di concorso tra una fattispecie autonoma (o "indipendente") di reato ed una o più fattispecie circostanziate (da essa "dipendenti") ⁽¹⁰¹⁾.

Per quanto invece attiene al regime di imputazione soggettiva oggi previsto dall'art. 59 c.p., la rilevata assenza di una univoca omogeneità contenutistica della categoria non consente di pensare alle circostanze quali elementi (pre-)destinati ad essere "imputati" secondo regole diverse da quelle comuni ad altri elementi della fattispecie. La stessa inconferenza delle giustificazioni logiche poste a sostegno dell'autonoma disciplina adottata nel 1930 obbliga, del resto, ad escludere che la specificità delle regole così introdotte vanti una legittimazione connaturata alla stessa essenza del fenomeno disciplinato. In questa prospettiva le circostanze si prestano allora ad essere più correttamente intese quali elementi del tutto "essenziali" rispetto alla corrispondente fattispecie di "reato circostanziato" (o fattispecie "dipendente") ⁽¹⁰²⁾ e, sul piano soggettivo, potranno essere valutate a favore od a sfavore del reo solo se apprezzate in base a quel coefficiente di imputazione soggettiva che, nel vincolante rispetto del principio di colpevolezza (questo il principio certamente riconoscibile nell'attuale disciplina dell'art. 59 c.p.), potrà di volta in

⁽¹⁰¹⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 755-760.

⁽¹⁰²⁾ Il punto è oggi riconosciuto da voci autorevoli: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 406.

volta essere identificato come necessario per esprimere il significato attenuante od aggravante di tale più specifica fattispecie ⁽¹⁰³⁾. L'assunto è peraltro in sintonia anche con la mantenuta rilevanza oggettiva delle attenuanti, essendo riflesso comunque altrimenti apprezzabile anche nel caso di concorso di fattispecie autonome indipendenti con specialità dell'ipotesi attenuata ⁽¹⁰⁴⁾.

L'acquisita inconsistenza ed infondatazza della pur tradizionale tendenza ad assumere la categoria delle circostanze quale espressione di un settore dogmaticamente e/o funzionalmente autonomo e la rilevata necessità di meglio coordinare il corrispondente regime generale con quello parallelamente previsto per altri elementi del reato consente altresì di meglio affrontare i problemi di una eventuale riforma del codice vigente ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰³⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 763-766. Analoga ora anche l'impostazione proposta da S. PUTINATI, *Responsabilità*, cit., pp. 373-379 e da A. SPENA, *Accidentalità delicti?*, cit., pp. 692-694. D'altro canto: che la ricerca dell'esatto criterio di imputazione (e/o di comunicabilità) delle circostanze sia questione da valutarsi con attenzione, sulla base delle specifiche caratteristiche di contenuto del singolo elemento di volta in volta esaminato, e previa considerazione dell'esatto rilievo da questo espresso nell'economia della corrispondente fattispecie complessiva, era assunto già implicitamente sotteso alle ferme parole di critica che, sin dal secolo scorso, avevano indotto a respingere l'ammissibilità di criteri di tipo aprioristico, o prettamente presuntivo: criteri degni di uno « scansafatiche », si disse, « per dispensarsi dall'esame delle varie misure di criminalità »: N. FRAMARINO DE' MALATESTA, *Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto*, Napoli, Stabilimento tipografico dell'Iride, 1887, p. 46.

⁽¹⁰⁴⁾ Come ho osservato in altra sede (A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1990, pp. 1470-71), anche la valutazione oggettiva delle attenuanti è regola che appare conforme ad una corretta applicazione del principio di colpevolezza. Ora, una volta abbandonata l'infondata pretesa di muovere dalla espressa disposizione prevista in materia di circostanze attenuanti per desumere da ciò la stessa necessità di contrapposizione con quanto diversamente applicabile agli elementi costitutivi di una autonoma (ed "indipendente") fattispecie incriminatrice (per questa tesi v. invece F. STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1964, p. 84), e visto il maggior fondamento della tesi opposta (A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979), il regime complessivamente previsto potrebbe fornire elementi sufficienti per giustificare una valutazione sostanzialmente omogenea anche nei casi di mancata conoscenza di elementi differenziali "privilegianti" (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 769, nota 144).

⁽¹⁰⁵⁾ Per un quadro di massima delle più recenti proposte di riforma in materia di circostanze, v. ancora A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 14-26.

Su questo versante è infatti impossibile pensare di giungere ad un razionale e definitivo superamento di ogni passata difficoltà, senza avere una chiara e precisa idea, non solo degli effetti che potranno essere ricollegati alla ribadita opportunità di mantenere ferma l'attuale distinzione fra fattispecie incriminatrici di tipo "dipendente" ed "accessorio", e fattispecie viceversa classificate quali vere e proprie figure "indipendenti" di reato; ma anche degli stessi criteri in base ai quali si riterrà di "tradurre" in chiave normativa gli estremi di tale mantenuta esigenza di distinzione.

A meno di non pensare ad una radicale rifondazione dell'attuale sistema di fattispecie incriminatrici su basi di assoluta sintesi e genericità (ad esempio: limitando la tutela di ogni bene giuridico ad una sola fattispecie di portata generale, e quindi rinunciando, non solo alla tipicizzazione di più specifiche modalità di lesione, ma anche alla stessa previsione di fattispecie "speciali" e/o "complesse"), non pare, in effetti, che l'idea di una drastica eliminazione della disciplina delle circostanze possa essere seriamente accolta. In linea di massima si può, infatti, ammettere che tutti i problemi connessi all'accennata esigenza di diversificazione delle singole fattispecie incriminatrici ben potrebbero essere risolti anche mediante la disciplina del concorso di reati e del concorso apparente di norme. È tuttavia verosimile pensare, che il legislatore possa, ad esempio, rinunciare drasticamente a distinguere il reato di furto da quello di rapina? Ovvero che possa altrimenti rinunciare alla distinzione fra reati comuni e reati propri? Al di là della apparente banalità della esemplificazione, l'interrogativo è, in realtà, di estrema importanza: perché nel momento stesso in cui si decidesse di mantenere ferme tali distinzioni, nascerebbe automaticamente una prima esigenza: quella di stabilire, se tali ipotesi "speciali" di reato debbano, o meno, essere assoggettate alla medesima disciplina prevista per ogni altra fattispecie astrattamente suscettibile di evidenziare un rapporto di specialità con una comune, e più semplice, fattispecie di reato. Rispetto agli esempi ipotizzati, nascerebbe, cioè, l'esigenza di decidere quali rapporti applicativi riconoscere fra la rapina ed ogni altra possibile figura "aggravata" del reato di furto; ovvero fra ogni singolo reato proprio ed altre ipotesi aggravate del corrispondente reato comune. Qualora la scelta legislativa si orientasse a favore di una separata valorizzazione di queste astratte possibilità di concorso

fra più fattispecie “speciali”; se, cioè, (come risulta comune alle principali codificazioni vigenti e come è di fatto avvenuto in tutti gli ordinamenti che abbiamo avuto modo di esaminare) si decidesse di svincolare l’ambito di applicabilità delle prime fattispecie indicate da ogni possibile concorso con tutte le residue ipotesi aggravanti e/o attenuanti della corrispondente fattispecie comune, l’opzione per una necessaria distinzione fra le varie fattispecie astrattamente suscettibili di esprimere una rilevanza modificativa delle conseguenze previste per un determinato “reato-base” non sarebbe più altrimenti eludibile: a questo punto, in sostanza, al pari di quanto previsto anche dall’attuale disciplina italiana, sarebbe di nuovo necessario distinguere fra fattispecie modificative dipendenti da una determinata ipotesi base, e fattispecie parimenti modificative, sì, ma a loro volta legislativamente configurate quali veri e propri “titoli autonomi di reato”: vale a dire, come nuove e separate fattispecie incriminatrici indipendenti ⁽¹⁰⁶⁾.

Come visto, con l’attuale disciplina degli effetti modificativi delle circostanze il codice vigente ha dato risposta (forse inconsapevole) ad una costante (e sinora non altrimenti eludibile) esigenza legislativa di fornire un’adeguata e coerente “organizzazione sistematica”, non solo di tutti i casi nei quali si sia ritenuto opportuno e/o necessario diversificare le conseguenze sanzionatorie previste in astratto per un certo reato, bensì anche delle molteplici interrelazioni che si vengono inevitabilmente a determinare a seguito della previsione di fattispecie incriminatrici fra loro caratterizzate da un diretto rapporto di specialità (sia di tipo unilaterale, che bilaterale). Ed è quindi nella prospettiva della necessaria previsione di questa disciplina che deve essere valutato il fondamento, l’utilità e la apprezzabilità delle regole vigenti.

Sul piano delle rimanenti “regole generali” in materia di circostanze, le basi di una eventuale riforma del sistema vanno viceversa

⁽¹⁰⁶⁾ Sulla rilevanza di questi approfondimenti *de jure condendo* ancora fondamentali sono le riflessioni di G. RADBRUCH, *Die gesetzliche Strafänderung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., Berlin, Liebmann, 1908, vol. III, pp. 189-219, e di R. MAURACH, *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I (*Gutachten der Strafrechtslehrer*), Bonn, 1954, pp. 249-258.

correlate con quanto sopra osservato circa gli attuali spazi di rivisitazione della disciplina vigente. Una volta definitivamente superata ogni infondata tendenza a valorizzare inesistenti differenze fra circostanze ed altri elementi della fattispecie incriminatrice anche nell'ottica dei criteri di imputazione soggettiva, o dei paralleli canoni di "comunicabilità" fra compartecipi, l'attuale previsione di regole separate potrebbe tranquillamente essere abbandonata ⁽¹⁰⁷⁾, sulla falsa riga di quanto accade anche in altre legislazioni straniere ⁽¹⁰⁸⁾. Tanto in questo caso, quanto nell'ipotesi di eventuale conservazione dell'attuale separazione di regime, andrebbe comunque meglio chiarita la necessità di disciplinare secondo criteri omogenei anche l'intero insieme degli elementi differenziali riconducibili ad una fattispecie incriminatrice "indipendente" e, in questa prospettiva, fermo il definitivo superamento dell'attuale criterio di irrilevanza delle attenuanti meramente supposte ⁽¹⁰⁹⁾, andrebbe viceversa mantenuta l'opposta regola della rilevanza delle situazioni attenuanti solo oggettivamente integrate (salve ovvie deroghe imposte dalle caratteristiche intrinseche degli elementi di volta in volta considerati) ⁽¹¹⁰⁾.

Ciò premesso, è, però, altresì chiaro che, proprio per la strettissima correlazione esistente fra la tecnica di previsione di elementi (o circostanze) finalizzati ad una variazione delle conseguenze san-

⁽¹⁰⁷⁾ In passato, avevamo avanzato perplessità rispetto alla soluzione in questo senso proposta da GROSSO, *Responsabilità penale personale*, cit., 279: v. A. MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva"*, cit., 1406. Le ragioni di questo dissenso erano tuttavia interamente determinate dal timore di possibili "ritorni" a passate soluzioni di tipo "oggettivo", potenzialmente favoriti dalla perdurante tendenza a considerare le circostanze quali elementi intrinsecamente diversi da quelli costitutivi del reato.

⁽¹⁰⁸⁾ L'esempio più corretto, in quanto non condizionato dalle "problematiche circostanziali" che hanno viceversa contraddistinto gli altri ordinamenti innanzi analizzati, è certamente quello offerto dall'attuale legislazione tedesca: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 338-348.

⁽¹⁰⁹⁾ Trattasi, infatti, di regola che appare in contrasto con una corretta applicazione del principio di colpevolezza (C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in « Enciclopedia del Diritto », Milano, Giuffrè, 1968, vol. XV, p. 715) e che necessita di opportuna riforma (C.F. GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in *Verso un nuovo codice penale. Ininerari - Problemi - Prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 254; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., pp. 1476).

⁽¹¹⁰⁾ Sulle caratteristiche di questa disciplina rinvio ancora a quanto riferito in A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., pp. 1470-71.

zionatorie fissate per una certa figura di reato ed il più generale assetto di un nuovo codice penale, eventuali scelte di revisione dell'attuale "sistema" delle circostanze non potrebbero non essere condizionate, da un lato, dalle stesse soluzioni adottate in vista di una eventuale revisione delle tecniche di predeterminazione delle varie fattispecie incriminatrici e, dall'altro, da quanto si riterrà di operare sul piano delle sanzioni complessivamente previste.

Sul primo versante, ferma l'innegabile l'opportunità di una (quanto meno parziale) revisione dell'attuale ipertrofia del sistema delle circostanze, si potrebbe, ad esempio, pensare a soluzioni analoghe a quelle che, pur risultati ancora controversi, hanno portato in Germania alla previsione dei c.d. *Regelbeispiele* ⁽¹¹¹⁾. Ma è ovvio che ogni decisione, anche di questo tenore, non potrebbe non tenere conto di quanto parallelamente operato sul piano della più generale riforma del sistema sanzionatorio e dall'eventuale opzione (anche) per una più articolato assetto di sanzioni. Rispetto alla tradizionale previsione della sanzione detentiva, l'articolazione delle fattispecie e delle relative specificazioni aggravanti ed attenuanti ben potrebbe, in ogni caso, essere rivista in chiave parzialmente difforme dall'attuale, con un recupero differenziato della rilevanza modificativa di queste ultime: da un lato, mantenendo la previsione di fattispecie speciali con diretta incidenza sui limiti edittali; dall'altro, provando nuovamente ad esplorare gli spazi di una delimitazione interna della cornice edittale, in ipotesi anche mediante la previsione di sottofattispecie "circostanziate" caratterizzate, come detto, da una rilevanza non vincolante o meramente esemplificativa. E, in questa prospettiva, una semplificazione ed una razionalizzazione del sistema vigente potrebbe essere ottenuta anche con il ricorso ad un modello improntato sulle c.d. classi di pena ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹¹⁾ Per più ampi riferimenti, rinvio a quanto precisato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 320-325. In senso favorevole ad una tecnica di tipo esemplificativo v. anche il noto documento presentato dalla PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/46 - Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in « Cassazione penale », 1986, p. 632.

⁽¹¹²⁾ Per una nota proposta di ristrutturazione globale dell'attuale tecnica di predeterminazione edittale delle pene v. T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., pp. 443-452. Per esigenze di sintesi, sull'ipotizzata opzione di riforma degli effetti modifi-

Inutile ed impossibile, in ogni caso, proseguire qui una riflessione che merita e necessità di ben più ampio spazio. In questo contesto, pare comunque lecito concludere, che la disciplina italiana delle circostanze è ancora in grado di fornire spunti meritevoli di approfondimento, trattandosi di disciplina che, come visto, se attentamente valutata e compresa ha in sé ancora molto di “vivo” ed il cui “futuro” non pare possa essere genericamente liquidato con una sua drastica e solo apparentemente risolutiva eliminazione.

cativi delle circostanze aggravanti ed attenuanti mi permetto qui rinviare a quanto precisato in A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. “classi di pena”*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2013, pp. 1292-1299.

FABIO BASILE

L'ENORME POTERE DELLE CIRCOSTANZE SUL REATO; L'ENORME POTERE DEI GIUDICI SULLE CIRCOSTANZE

1. Introduzione: obiettivi dell'indagine. — 2. Parte prima: l'*enorme potere* delle circostanze sul reato, tra modificazioni della pena e modificazioni della disciplina complessiva. — 2.1. Ipotesi di stravolgimento della pena per effetto delle circostanze. — 2.2. Ipotesi di modificazione della disciplina del reato per effetto delle circostanze. — 2.2.1. Modificazione della disciplina sostanziale del reato. — 2.2.2. Modificazione della disciplina processuale del reato. — 3. Parte seconda: l'*enorme potere* dei giudici sulle circostanze, tra indeterminatezza normativa e discrezionalità giudiziale. — 3.1. Discrezionalità giudiziale in relazione all'individuazione della fattispecie circostanziale. — 3.2. Discrezionalità giudiziale in relazione al meccanismo di calcolo della pena del reato circostanziato. — 4. Conclusione.

1. *Introduzione: obiettivi dell'indagine.*

Le circostanze del reato — si sa — si collocano *ai margini* del reato stesso: ma tale loro collocazione strutturale non deve trarre in inganno in fase di ricostruzione dogmatica del loro effettivo ruolo, il quale, a ben vedere, all'atto pratico si rivela tutt'altro che *marginale*. Un'attenta analisi del dato legislativo complessivo fa, infatti, emergere come le circostanze possano talora esplicitare effetti che vanno ben al di là della mera modificazione della pena principale, influenzando in modo determinante sulla disciplina sostanziale e processuale del reato cui accedono, sicché, icasticamente, possiamo parlare di un autentico *potere* delle circostanze sul reato. Il primo obiettivo del presente scritto consiste, pertanto, nel prendere in rassegna le varie ipotesi di modificazione della complessiva disciplina del reato indotta dalla presenza di questa o quella circostanza — rassegna dalla quale, peraltro, risulterà che il potere delle circostanze sul reato può rivelarsi davvero *enorme*, soprattutto se riguardato nella pro-

spettiva della capacità di talune circostanze di determinare l'esito processuale finale e, con ciò, il destino dell'imputato.

A fronte di un tale *enorme potere* delle circostanze sul reato, la loro disciplina legislativa — lungi dall'essere precisa, completa e coerente — risulta, invece, costellata da plurimi momenti di imprecisione, incompletezza, incoerenza. Il secondo obiettivo del presente scritto consiste, allora, nel segnalare le ambiguità, le lacune, le contraddizioni prodotte da un legislatore indolente (o sprovveduto), il quale, attraverso una serie di interventi novellistici maldestri, ha finito per aumentare in misura patologica il *potere discrezionale dei giudici* in fase di interpretazione e applicazione delle fattispecie circostanziali, conferendo loro un potere che, a tratti, risulta davvero *enorme*.

Un terzo obiettivo — non perseguibile nel presente scritto a causa delle limitate dimensioni dell'indagine e, soprattutto, a causa delle limitate forze di chi tale indagine sta conducendo — può essere qui solo additato: l'improcrastinabile esigenza di una riforma delle circostanze ⁽¹⁾, la quale — se non intende esprimersi in una radicale scelta abolizionista — ha l'ineludibile compito di ricomporre *a sistema*, organico e razionale, l'esplosivo miscuglio di indeterminatezza normativa e discrezionalità giudiziale che attualmente avvolge, in un pernicioso vortice, l'applicazione delle circostanze ⁽²⁾.

2. *Parte prima: l'enorme potere delle circostanze sul reato, tra modificazioni della pena e modificazioni della disciplina complessiva.*

Nel capitolo dedicato dai manuali e da altre opere istituzionali

⁽¹⁾ Per un quadro di sintesi del dibattito in corso nella letteratura italiana in ordine al futuro destino delle circostanze del reato, v. G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, ESI, 2009, pp. 186 ss. Da ultimo, all'esito di una accurata analisi dei dati legislativi attuali, formula un'argomentata opzione in senso abolizionista, L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2014, pp. 381 ss.

⁽²⁾ Per un primo inquadramento del complesso rapporto tra le categorie della *indeterminatezza normativa* e della *discrezionalità giudiziale*, v. E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 262 ss.

alle circostanze del reato è ricorrente l'affermazione secondo cui le stesse avrebbero “soltanto” l'effetto di modificare la pena del reato ⁽³⁾. L'uso di tale avverbio (“soltanto”), unitamente alla tradizionale collocazione delle circostanze *ai margini* del reato (nonché, e di conseguenza, ai margini dei manuali), rischia, tuttavia, di mettere in ombra il ruolo assolutamente *centrale* che le stesse possono, invece, talora giocare nella partita processuale che determinerà il destino dell'imputato.

Se è vero, infatti, che le circostanze sono *accidentalia delicti*, che da esse non dipende certo l'esistenza del reato, né la modificazione del titolo del reato, è anche vero che esse — almeno alcune di esse — sono capaci di produrre effetti dirompenti non solo sulla pena finale, ma su tutta la complessiva disciplina, sostanziale e processuale, del reato cui accedono ⁽⁴⁾.

I paragrafi che seguono saranno, pertanto, rivolti a comprovare queste affermazioni e, quindi, a dimostrare l'*enorme potere* che le circostanze possono esercitare sul reato.

2.1. *Ipotesi di stravolgimento della pena per effetto delle circostanze.*

In primo luogo, risulta opportuno sottolineare che il tipico effetto — imprescindibile fino a costituirne il tratto caratteristico — delle circostanze sulla misura della pena del reato cui accedono, talora può rivelarsi davvero straordinario: non poche sono infatti

⁽³⁾ Tale affermazione — dovuta anche ad imprescindibili esigenze didattiche — è ricorrente anche nella manualistica più aggiornata ed autorevole: v., ad esempio, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, Zanichelli, VII ed., 2014, p. 433; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 527; nella trattatistica, v. G. MANCA, *Le circostanze del reato*, in M. Ronco (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato*, tomo II, II ed., Bologna, Zanichelli, 2011, p. 5.

⁽⁴⁾ Per un'argomentata critica alla qualificazione delle circostanze quali *accidentalia delicti*, v. A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2009, p. 639 ss. Tale critica, tuttavia, si svolge sul piano di considerazioni “strutturali”, che rimangono, invece, estranee alla nostra indagine, focalizzata, invece, sull'analisi degli effetti che le circostanze possono produrre sulla disciplina del reato cui accedono.

quelle circostanze capaci di *stravolgere* il quadro edittale previsto per il reato semplice.

Tra le attenuanti si pensi, ad esempio, alla circostanza della “minore gravità” di cui all’art. 609-*bis* ult. co. (5), che può abbattere la pena prevista per il reato di violenza sessuale di ben due terzi, sicché del tutto calzante risulta la sua ridenominazione dottrinale di “super-attenuante” (6). Si pensi, altresì, alle enormi diminuzioni di pena talora comportate dall’attenuante della collaborazione del reo *post-delictum* nelle sue varie epifanie: la pena per il reato di contraffazione di marchi (art. 473), ad esempio, è quanto meno dimezzata per effetto di tale circostanza, potendo, peraltro, ulteriormente scendere fino a un terzo della misura originaria (le pene “sono diminuite dalla metà a due terzi” recita, infatti, l’art. 474-*quater*) (7).

Quanto alle aggravanti, aumenti astronomici di pena possono ad esempio derivare, con un crescendo di incattivimento sanzionatorio:

— dall’aver determinato ad un delitto, per il quale è previsto l’arresto in flagranza, il proprio figlio minore non imputabile (art. 112 co. 3, seconda parte): aumento “fino a due terzi”;

— dalle aggravanti dei delitti contro la personalità individuale, previste dal quinto, sesto e settimo comma dell’art. 602-*ter*: aumento “dalla metà ai due terzi”;

— infine, dalla ricorrenza della recidiva aggravata reiterata (art. 99 co. 4): aumento “di due terzi”.

Rilevantissimo risulta anche il *salto*, determinato dalla presenza di talune aggravanti, dalla detenzione a tempo alla detenzione a vita:

(5) Tutti gli articoli di seguito citati, se privi di ulteriore indicazione, sono riferiti al codice penale.

(6) E. DOLCINI, *Prefazione* a C. PIERGALLINI, F. VIGANÒ, M. VIZZARDI, A. VERRI, *I delitti contro la persona - Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, vol. X, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2015, p. XXII. Un’identica “super-attenuante” è altresì prevista dal quarto comma dell’art. 609-*quater* (atti sessuali con minorenne).

(7) La circostanza di cui all’art. 474-*quater* si applica anche al reato di cui all’art. 474 (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi). Una previsione pressoché identica è poi contenuta all’art. 517-*quinquies* in relazione ai delitti di cui agli artt. 517-*ter* (fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale) e 517-*quater* (contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari).

si pensi, ad esempio, alle aggravanti speciali dell'omicidio di cui agli artt. 576 e 577 (in presenza delle quali dalla reclusione compresa tra i 21 e i 24 anni si salta all'ergastolo), nonché all'aggravante delle "intelligenze col nemico" in caso di disfattismo politico di cui all'art. 265 (qui il salto fa venire le vertigini: si passa da un massimo di 5 anni di reclusione all'ergastolo).

Altrettanto rilevante, infine — sia pur in un altro ordine di grandezze — è il passaggio, determinato dalla presenza dell'aggravante, dalla pena pecuniaria alla pena detentiva: si confrontino, ad esempio, le pene della minaccia semplice e della minaccia grave (art. 612, primo e secondo comma) e, tra le contravvenzioni, le pene per la forma semplice e la forma aggravata del reato di accensioni o esplosioni pericolose (art. 703, primo e secondo comma).

Come è evidente, la presenza di circostanze siffatte — se anche davvero influisse "soltanto" sulla pena — assumerebbe comunque un ruolo di primissimo piano nella complessiva vicenda processuale concernente il reato (non più semplice, bensì) circostanziato ⁽⁸⁾.

2.2. *Ipotesi di modificazione della disciplina del reato per effetto delle circostanze.*

Le circostanze del reato ne modificano — e talora ne stravolgono, come si è appena constatato — la pena. Ma il *potere* delle circostanze sul reato non si esaurisce affatto qui: non dobbiamo, infatti, dimenticare che le circostanze possono talora produrre ulteriori relevantissimi effetti sulla disciplina sostanziale e processuale del reato, intervenendo su plurimi ed eterogenei profili di essa ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Si noti, inoltre, che in molti casi la forbice tra minimo e massimo di pena irrogabile per il reato circostanziato finisce per essere molto più ampia di quella del reato semplice, benché il primo avrebbe la funzione di ritagliare e più congruamente sanzionare solo alcune sottofattispecie (vale a dire, ipotesi speciali di realizzazione concreta) del secondo (per tale rilievo, v. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 4 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, p. 596; da ultimo, L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 183 ss.).

⁽⁹⁾ Ben sottolinea la natura polifunzionale delle circostanze, che possono dispiagare sull'ordinamento penale, sostanziale e processuale, effetti diversi e ulteriori rispetto a quello — su cui si è tradizionalmente incentrata l'attenzione della dottrina — della

Qui di seguito cercheremo, allora, di procedere ad una sorta di censimento — privo, però, di qualsiasi pretesa di esaustività — di quelli che, con elegante formulazione, Melchionda chiama “riflessi funzionali” delle circostanze in “correlazione con altri istituti generali” ⁽¹⁰⁾; e procederemo a tale censimento prendendo in considerazione prima i “riflessi funzionali” delle circostanze su istituti generali del diritto *sostanziale* (*infra*, 1.2.1), e poi i “riflessi funzionali” delle circostanze su istituti generali del diritto *processuale* (*infra*, 1.2.2).

Va, peraltro, subito precisato che molti di questi “riflessi funzionali” si producono indipendentemente dalla quantità di pena in concreto inflitta per il reato circostanziato, e quindi intervengono in ragione dell’esistenza della circostanza, ma *a prescindere* dalla modificazione della pena da detta circostanza prodotta, e financo qualora tale modificazione non ci sia affatto stata, in quanto neutralizzata, nel giudizio di bilanciamento *ex art.* 69, dalla presenza di circostanze di segno opposto ⁽¹¹⁾.

2.2.1. *Modificazione della disciplina sostanziale del reato.*

Quanto alle modifiche della disciplina sostanziale del reato:

1) possiamo in primo luogo ricordare che alcune circostanze —

mera modificazione della pena, A. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 102. V. pure D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in F. Dassano, S. Vinciguerra (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, ESI, 2010, p. 702, il quale giustamente sottolinea il fatto che, nelle valutazioni del legislatore, il reato circostanziato finisce per diventare “oggetto di una disciplina differenziata”.

⁽¹⁰⁾ A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 656.

⁽¹¹⁾ Come giustamente rileva G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 217, è infatti possibile tenere distinte due tipologie di riflessi funzionali — ulteriori rispetto alla mera modificazione della pena — derivanti dalla presenza delle circostanze:

— da una parte, ci sono gli effetti “comunque ricollegabili alla modificazione della pena principale”: ad esempio, la possibilità di applicare una pena accessoria in dipendenza della quantità di pena concretamente inflitta al reato in considerazione di questa o quella circostanza;

— dall’altra parte, ci sono, invece, “altre conseguenze che le circostanze determinano senza alcun rapporto con la misura della pena”: ad esempio, il passaggio dalla procedibilità a querela alla procedibilità d’ufficio, passaggio che interviene bensì in presenza della circostanza, ma a prescindere dalla modificazione della pena prodotta dalla circostanza.

segnatamente, le circostanze aggravanti autonome e quelle ad effetto speciale ⁽¹²⁾ — incidono sul *tempo necessario a prescrivere un reato*, ai sensi del “nuovo” art. 157 co. 2;

2) sempre a proposito di circostanze e prescrizione, dobbiamo poi segnalare il ruolo, per nulla trascurabile, giocato dalle circostanze anche ai fini dell’applicazione della regola speciale, dettata dall’art. 157 co. 6, del *raddoppio del tempo necessario a prescrivere* in relazione a taluni delitti: così, ad esempio, l’omicidio colposo, se aggravato ai sensi dei commi 2, 3 e 4 dell’art. 589, e l’associazione per delinquere, se aggravata ai sensi dei commi 6 e 7 dell’art. 416, si prescrivono nel doppio del tempo ⁽¹³⁾; per contro, i termini doppi di prescrizione previsti per il delitto di violenza sessuale non si applicano se nella specie ricorre l’attenuante di cui all’art. 609-*bis* co. 3;

3) va, in terzo luogo, segnalato che giurisprudenza e dottrina maggioritarie applicano analogicamente il criterio contenuto nel citato art. 157 co. 2 anche per individuare la “pena stabilita dalla legge”, dalla quale dipende l’applicabilità e/o la durata di alcune *misure di sicurezza* (v., in particolare, art. 219, assegnazione a una casa di cura e di custodia; art. 222, ricovero in un ospedale psichia-

⁽¹²⁾ Per mera comodità del lettore, ricordiamo qui alcune tipologie di circostanze, cui faremo spesso riferimento nel corso del presente lavoro (rinviando, invece, per maggiori ragguagli in proposito a F. BASILE, *Commento all’art. 59 - B) Circostanze aggravanti e attenuanti*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, Ipsoa, 2015, pp. 1196 ss.):

— *circostanze ad effetto comune*: quelle che comportano un aumento o una diminuzione della pena fino ad un terzo (sono tali, ad esempio, tutte le circostanze di cui agli artt. 61 e 62);

— *circostanze ad effetto speciale*: quelle che comportano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo (v., ad esempio, art. 609-*bis* co. 3 e art. 416-*bis* co. 6);

— *circostanze autonome*: quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa rispetto a quella prevista per il reato semplice (v., ad esempio, artt. 576 e 577);

— *circostanze indipendenti*: quelle per le quali la legge prevede una pena della stessa specie ma con una nuova e diversa cornice rispetto a quella prevista per il reato semplice (v., ad esempio, art. 625 e art. 416-*bis* co. 4).

Sul differente “piano” (della commisurazione giudiziale o della determinazione legale) sul quale le suddette circostanze esplicano il loro effetto modificativo della pena, v. *infra*, nota 55.

⁽¹³⁾ L’art. 416 co. 6 e 7 risulta richiamato dall’art. 157 co. 6 attraverso il rinvio da quest’ultima disposizione operato all’art. 51 co. 3-*bis* c.p.p.

trico giudiziario; art. 224, ricovero in un riformatorio giudiziario del minore non imputabile) ⁽¹⁴⁾: rispetto alla disciplina delle predette misure di sicurezza assume, pertanto, un rilievo tutt'altro che secondario la presenza di circostanze aggravanti autonome o ad effetto speciale. Da ultimo l'art. 1, comma 1-*quater* del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, recante misure urgenti in tema di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (conv. con mod. dalla l. 30 maggio 2014, n. 81), ha infine introdotto un termine massimo di durata per tutte le misure di sicurezza detentive, per stabilire il quale occorre partire dalla "pena detentiva prevista per il reato commesso avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'art. 278 c.p.p."; e come vedremo tra breve (*infra* 1.2.2, punto 6), l'art. 278 c.p.p. conferisce rilievo a talune circostanze;

4) in quarto luogo, possiamo rilevare che alcune circostanze aggravanti possono influire sulla disciplina di talune *pene accessorie*. Tale influsso viene esercitato:

— *non solo* su quelle pene accessorie la cui applicazione o durata è direttamente collegata alla misura della pena principale irrogata in concreto, misura che tiene, quindi, conto anche del peso della circostanza (si vedano, ad esempio, l'interdizione dai pubblici uffici ai sensi dell'art. 29, o l'interdizione legale ai sensi dell'art. 32, o ancora l'ipotesi, tutta particolare, dell'interdizione dai pubblici uffici prevista dall'art. 317-*bis* per i delitti di peculato, concussione, corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio o in atti giudiziari: interdizione di regola perpetua, ma solo temporanea se, grazie a qualche circostanza attenuante, per i predetti delitti viene in concreto inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni);

— *ma anche* su quelle pene accessorie che diventano applicabili proprio per il solo fatto che sia presente una determinata circostanza, a prescindere dall'effetto di tale circostanza sulla pena principale irrogata in concreto. È quanto avviene, ad esempio, per la

⁽¹⁴⁾ Sul punto v. già F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 230 ss.; di recente, v. SAVI, *Commento all'art. 219*, p. 2609, in Dolcini, Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 2609; Id., *Commento all'art. 222*, *ivi*, p. 2640.

truffa che, se aggravata in quanto commessa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640 co. 2 n. 1), attira su di sé la pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (v. art. 32 *quater*) ⁽¹⁵⁾; è quanto avviene, altresì, per taluni delitti contro la personalità individuale che, se aggravati ai sensi dell'art. 602-ter co. 6 (fatto commesso in danno del proprio figlio minore), sono colpiti, in aggiunta alla pena principale, dalla pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale (v. art. 600-septies.2 co. 1 n. 1); è quanto, avviene, infine, per talune frodi commerciali (quelle previste dagli artt. 515, 516, 517, 517-ter e 517-quater) che, se aggravate ai sensi dell'art. 517-bis co. 2 (fatto di particolare gravità o ricorrenza di recidiva specifica), comportano anche la chiusura dello stabilimento o la revoca della licenza;

5) in quinto luogo, va sottolineato il ruolo, assai significativo, che talune circostanze possono assumere ai fini della concedibilità del nuovo beneficio dell'*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto* ai sensi dell'art. 131-bis: da un lato, infatti, ai fini della determinazione della pena "prevista" per il reato (che non deve comunque essere superiore ai cinque anni di pena detentiva: art. 131-bis co. 1), si tiene conto delle circostanze autonome e di quelle ad effetto speciale (art. 131-bis co. 4); dall'altro lato, ai sensi dell'art. 131-bis co. 2, le circostanze aggravanti dell'aver agito per motivi abietti o futili (art. 61 n. 1), dell'impiego di crudeltà o sevizie (art. 61 n. 4), della minorata difesa (art. 61 co. 5), nonché dell'aver prodotto, quale conseguenza non voluta, la morte o la lesione gravissima di una persona ⁽¹⁶⁾, precludono sempre la concessione del beneficio in parola, al di là della pena in concreto inflitta;

⁽¹⁵⁾ Lo stesso discorso vale anche per la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-bis, sempreché, ovviamente, si aderisca all'orientamento della giurisprudenza dominante che qualifica tale fattispecie in termini di circostanza del reato di truffa (e non già in termini di reato autonomo): in argomento, v. per tutti C. BENUSSI, A. DELLA BELLA, *Commento all'art. 640-bis*, in Dolcini, Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 1129.

⁽¹⁶⁾ A dire il vero, che la morte o la lesione gravissima non voluta di una persona possano essere qualificate in termini di circostanze aggravanti di determinati reati, è fortemente controverso; ma non è questa la sede per affrontare tale questione (sul punto sia consentito rinviare a F. BASILE, *Commento all'art. 59*, cit., p. 1211 s.), tanto più che tale questione comunque non influisce sulla preclusione del beneficio in parola, giacché

6) anche ai fini della concedibilità di un altro istituto di recente introduzione nel nostro codice penale — la *sospensione del procedimento con messa alla prova* di cui agli artt. 168-*bis* ss. — almeno secondo un primo orientamento giurisprudenziale in proposito, sembrerebbe possano assumere rilievo talune circostanze, e segnatamente le circostanze aggravanti autonome e quelle ad effetto speciale ⁽¹⁷⁾; l'art. 168-*bis*, ad ogni modo, fa rinvio al secondo comma dell'art. 550 c.p.p., il quale, come vedremo meglio *infra*, elenca alcuni reati, tra cui figurano non poche ipotesi di reati aggravati da determinate circostanze;

7) un discorso a parte — un discorso, peraltro, assai lungo e complesso — potrebbe poi essere fatto per le c.d. “circostanze inerenti alla persona del colpevole”: come è noto, infatti, le circostanze della *recidiva* e quelle riguardanti l'*imputabilità* ⁽¹⁸⁾ possono modificare in termini assai significativi la disciplina del reato cui accedono, comportando effetti che vanno ben al di là della mera modificazione della pena, quali, ad esempio, l'esclusione da determinati benefici (come l'amnistia e l'indulto che, salvo diversa disposizione di legge, sono di regola esclusi per i condannati con l'aggravante della recidiva mono o pluriaggravata o reiterata: v. artt. 151 co. 5, e 174 co. 3), ovvero la soggezione — previo accertamento della pericolosità sociale — a determinate misure di sicurezza (come l'assegnazione a una casa di cura e di custodia prevista per i condannati, per delitti non colposi, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica o di cronica intossicazione da alcool o

l'art. 131-*bis* co. 2 in realtà non subordina la disciplina ivi prevista alla formale qualificazione della morte o della lesione gravissima non voluta in termini di circostanze.

⁽¹⁷⁾ In tal senso v. Cass. 30 giugno 2015 - dep. 10 settembre 2015, Fagrouch, CED 264045, sulla quale v. G. SANTALUCIA, *Limite edittale di pena per messa alla prova processuale e aggravanti ad effetto speciale*, in « Giurisprudenza italiana », 2015, pp. 2048 ss.; Cass. 6 ottobre 2015 - dep. 25 novembre 2015, Crocitti, CED 265484; in senso contrario Cass. 14 luglio 2015 - dep. 20 luglio 2015, Ardisson, CED 264154; Cass. 9 dicembre 2014 - dep. 13 febbraio 2015, Gnocco, CED 262341; Cass. 10 luglio 2015 - dep. 27 luglio 2015, Jenkins Rossi, CED 264325, nonché Cass. 14 luglio 2015 - dep. 29 luglio 2015, Gallo, CED 264154.

⁽¹⁸⁾ Sulla controversa questione relativa alla riconducibilità della recidiva e della imputabilità nella categoria delle circostanze del reato — questione risolta dalla dottrina maggioritaria, e soprattutto dal legislatore, in senso affermativo — v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 576, p. 583.

da sostanze stupefacenti, ovvero per cagione di sordomutismo: v. art. 219);

8) se volessimo, poi, effettuare anche un'indagine retrospettiva, dovremmo soffermarci necessariamente sull'art. 9 delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale, giacché tale articolo — attualissimo nei primi decenni successivi all'introduzione del codice Rocco ma con il passare degli anni di sempre più rara applicazione — conferisce un rilievo assai significativo alle circostanze autonome previste per *reati contenuti in leggi anteriori al codice penale*: in base al menzionato art. 9, infatti, per stabilire se la fattispecie circostanziata è *delitto* o *contravvenzione*, occorre prendere in considerazione, non già la specie di pena del reato semplice, ma la specie di pena derivante dalla presenza della circostanza autonoma ⁽¹⁹⁾;

9) sempre in una visione retrospettiva si potrebbe, infine, sottolineare il fatto che le circostanze hanno talora assunto decisiva rilevanza ai fini della concedibilità dell'*amnistia* e dell'*indulto* all'interno dei vari provvedimenti di concessione dei suddetti benefici ⁽²⁰⁾.

2.2.2. *Modificazione della disciplina processuale del reato.*

Passando ora agli effetti che le circostanze possono produrre sulla disciplina processuale, occorre:

1) in primo luogo, ricordare la capacità di alcune circostanze di

⁽¹⁹⁾ Sull'art. 9 disp. coord. trans. c.p., v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 356; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 412; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 656.

⁽²⁰⁾ A proposito dell'influenza delle circostanze ai fini della concedibilità dell'amnistia, v. già G. DELITALA, *Circostanze ed amnistia* (1938), ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 479 ss.; più di recente, G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 223. A proposito, invece, della rilevanza delle circostanze ai fini della concedibilità dell'indulto, si può segnalare che l'ultimo provvedimento di concessione dell'indulto (l. 31 luglio 2006, n. 241) ha negato tale beneficio, tra l'altro, per il delitto di associazione per delinquere, ove aggravato ai sensi del sesto comma dell'art. 416, e per il delitto di detenzione di materiale pornografico, ove aggravato ai sensi del secondo comma dell'art. 600-*quater*, nonché per tutti i reati aggravati dalle aggravanti richiamate alle lett. c), d) ed e) del comma secondo dell'art. 1 l. cit.

modificare il *regime di procedibilità* del reato cui accedono: così, ad esempio, i delitti di furto, truffa, minaccia, lesioni colpose, anche gravi o gravissime, sono di regola punibili solo in presenza di querela; ma se sono aggravati ai sensi, rispettivamente, dell'art. 625, dell'art. 640 co. 3, dell'art. 612 co. 2 e dell'art. 590 ult. co., scatta la loro procedibilità d'ufficio;

2) in secondo luogo, dobbiamo rilevare che le circostanze aggravanti autonome e quelle ad effetto speciale, in forza della previsione espressa di cui all'art. 4 c.p.p., incidono sulla individuazione del *giudice competente* per materia;

3) sempre a proposito dell'individuazione del giudice competente, vale la pena, poi, segnalare il fondamentale ruolo svolto dalla presenza o dall'assenza di determinate circostanze al fine di radicare la *competenza del giudice di pace*, nei casi previsti da quel ginepraio normativo che è l'art. 4 lett. a) d.lgs. 274/2000, in relazione a taluni reati, quali, tra gli altri, le lesioni personali, la diffamazione, la minaccia e alcuni delitti contro il patrimonio;

4) ancora: per effetto del rinvio operato dalla lett. a) e dalla lett. b) dell'art. 266 co. 1 c.p.p. al già citato art. 4 c.p.p., dalla presenza di circostanze aggravanti autonome o ad effetto speciale può dipendere la possibilità di disporre *intercettazioni telefoniche* per taluni delitti che, altrimenti, non rientrerebbero tra quelli 'intercettabili';

5) circostanze aggravanti autonome e ad effetto speciale rilevano, altresì, ai sensi dell'art. 550 co. 1 c.p.p., per individuare i casi in cui si procede con *citazione diretta a giudizio* dinanzi al Tribunale monocratico; ed il successivo comma dell'art. 550 c.p.p. contiene poi un elenco di reati per i quali è parimenti possibile la citazione diretta a giudizio, tra i quali figurano taluni delitti aggravati da specifiche aggravanti: ad esempio, l'aggravante dell'attribuzione di un fatto determinato per l'oltraggio a un magistrato in udienza, ai sensi dell'art. 343 co. 2; ovvero la qualità di custode per la violazione di sigilli, ai sensi dell'art. 349 co. 2;

6) la particolare considerazione riservata dal legislatore per le circostanze autonome e ad effetto speciale (v. i precedenti nn. 2, 4 e 5) riemerge, altresì, nell'art. 278 c.p.p., il quale, nel dettare i criteri per la determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle *misure cautelari*, dà specifico rilievo alle circostanze del predetto tipo

(peraltro qui senza distinguere tra aggravanti o attenuanti) ⁽²¹⁾, oltre che all'aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5) e all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4);

7) che talune circostanze possano incidere sul regime delle misure cautelari, è peraltro confermato almeno da altre due previsioni riferite a singole misure cautelari: in tema di *custodia cautelare in carcere*, l'art. 275 co. 3 c.p.p. dispone, infatti, che, in presenza di determinati requisiti, tale misura può essere applicata in relazione ai delitti previsti dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, a meno che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate; in tema, poi, di *allontanamento dalla casa familiare*, l'art. 282-*bis* co. 6 c.p.p. dispone che, in presenza di determinati requisiti, tale misura può essere applicata in relazione alle lesioni personali dolose e alla minaccia, ma solo se tali delitti risultano aggravati (le lesioni devono essere "comunque aggravate"; la minaccia, invece, deve essere aggravata ai sensi del "secondo comma" dell'art. 612) ⁽²²⁾;

8) il particolare rilievo, conferito dall'art. 278 c.p.p. alle circostanze autonome, a quelle ad effetto speciale, nonché all'aggravante della minorata difesa e all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (v. il precedente n. 6), riemerge nuovamente, per effetto del rinvio operato dall'art. 379 c.p.p. a detto art. 278 c.p.p., anche in sede di determinazione della pena per poter procedere all'*arresto in flagranza* e al *fermo di indiziato di delitto*;

9) proprio con specifico riferimento all'*arresto in flagranza*, se si scorre il testo degli artt. 380 co. 2, e 381 co. 2 c.p.p., si potrà agevolmente constatare l'influenza esplicata da determinate circostanze sul regime di tale arresto: così, ad esempio, l'autore di violenza sessuale o di furto in abitazione è di regola soggetto all'arresto obbligatorio in flagranza, a meno che la violenza sessuale sia attenuata ai sensi del terzo comma dell'art. 609-*bis* (v. art. 380 co. 2 lett. *d-bis* c.p.p.), e il furto in abitazione sia attenuato ai sensi dell'art. 62 n. 4 (v. art. 380 co. 2 lett. *e-bis* c.p.p.); per contro, per il

⁽²¹⁾ Su una particolare questione, relativa al calcolo della pena a fini cautelari nell'ipotesi di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, v. quanto si dirà *infra*, nota 52.

⁽²²⁾ Tale regola è richiamata anche dall'art. 384-*bis* c.p.p. in tema di allontanamento d'urgenza dalla casa familiare.

delitto di ricettazione e per quello di danneggiamento normalmente non si può procedere all'arresto in flagranza (rispettivamente, obbligatorio e facoltativo), a meno che la ricettazione sia aggravata ai sensi dell'art. 648 co. 1 secondo periodo (v. art. 380 co. 2 lett. *f-bis* c.p.p.), e il danneggiamento sia aggravato ai sensi dell'art. 635 co. 2 (v. art. 381 co. 2 lett. *b* c.p.p.);

10) un ulteriore momento di emersione del particolare rilievo conferito dal codice di rito alle circostanze autonome e a quelle ad effetto speciale è segnato anche dall'art. 604 co. 1 c.p.p., ai sensi del quale il giudice d'appello, quando vi è stata condanna per una circostanza aggravante del predetto tipo, non ritualmente contestata e non elisa nel giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69, deve disporre la *nullità parziale della sentenza appellata* e rinviare gli atti al giudice di primo grado;

11) la presenza di determinate circostanze può, altresì, influire sui termini di *durata massima delle indagini preliminari* ai sensi dell'art. 407 c.p.p.: così, ad esempio, in relazione alla rapina e all'estorsione le indagini preliminari possono durare massimo 18 mesi, ma il termine aumenta a due anni se la rapina o l'estorsione sono aggravate ai sensi, rispettivamente, del terzo comma dell'art. 628 e del secondo comma dell'art. 629 (v. art. 407 co. 2 lett. *a n. 2* c.p.p.);

12) affatto peculiare è, infine, il rilievo processuale dell'aggravante speciale dei delitti colposi di omicidio (art. 589 co. 2) e di lesioni gravi o gravissime (art. 590 co. 3), consistente nella violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro: la sua presenza fa, infatti, scattare una disciplina tutta particolare per quanto concerne i *termini per le indagini preliminari* e la *fissazione della data del giudizio* (v. artt. 406 co. 2-ter, 416 co. 2-bis, 429 co. 3-bis, 552 co. 1-bis e co. 1-ter, c.p.p.).

3. *Parte seconda: l'enorme potere dei giudici sulle circostanze, tra indeterminatezza normativa e discrezionalità giudiziale.*

Al termine di questo lungo e — ce ne scusi il lettore — pedante elenco di esemplificazioni dei “riflessi funzionali” delle circostanze (di alcune tipologie di circostanze o di alcune specifiche circostanze), trova piena conferma l'intuizione di partenza: le circostanze — al di là della loro definizione dogmatica di *accidentalità delicti*, al di là della

vulgata manualistica che ne confina il ruolo “soltanto” alla modificazione della pena — possono, in realtà, giocare un ruolo tutt’altro che marginale nella partita della responsabilità dell’imputato, giacché la loro presenza o la loro assenza può comportare, oltre che un eventuale stravolgimento della pena finale, anche profonde modifiche della disciplina sostanziale e processuale del reato cui accedono.

L’aver constatato siffatto *enorme potere* delle circostanze sul reato potrebbe, conseguentemente, alimentare l’aspettativa che le circostanze siano sottoposte ad una regolamentazione legislativa rigorosa, tassativa e coerente: sarebbe, insomma, legittimo attendersi che la legge vincoli e veicoli questo “potere” in termini il più possibile precisi e completi.

Si tratta, ahimè, di un’aspettativa destinata a rimanere profondamente delusa! Se si procede ad analizzare la complessiva disciplina legislativa delle circostanze, sarà, infatti, agevole rilevare come essa sia costellata da plurimi momenti di indeterminatezza, ambiguità, lacunosità e addirittura contraddittorietà, che finiscono per accrescere a dismisura la discrezionalità dei giudici chiamati ad interpretare ed applicare tale disciplina.

Si badi bene: in via di principio, una certa discrezionalità giudiziale in fase di interpretazione e applicazione delle circostanze non potrebbe che essere la benvenuta, dal momento che le circostanze esplicano pur sempre il loro ruolo primario sulla pena e sulla sua commisurazione, e quindi si collocano lungo quel tortuoso percorso che il giudice deve compiere per passare dalla pena in astratto alla pena in concreto: un percorso che, per necessità e virtù, non può correre lungo binari troppo irrigiditi, che precludano qualsiasi spazio di manovra al giudice.

Ma nell’attuale disciplina legislativa delle circostanze le ambiguità, le incertezze e i vuoti lasciati dalla penna del legislatore sono così tanti e così significativi che la discrezionalità giudiziale rischia di assumere una dimensione patologica, sconfinando *tout court* nell’arbitrio ⁽²³⁾: numerosi e assai significativi sono, infatti, i momenti in cui

⁽²³⁾ Ben sottolinea le “vistose carenze nella disciplina normativa della discrezionalità [che] si riscontrano nel settore delle circostanze del reato”, E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., p. 297; in termini analoghi, v. anche G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 10.

il giudice, in fase di interpretazione e applicazione delle circostanze, è chiamato a precisarne, integrarne, talora addirittura crearne la disciplina.

Insomma, come di recente ha nitidamente constatato Domenico Pulitanò, “nel ricettacolo delle circostanze del reato e nelle regole che ne governano l’uso, il giudice non trova direttive certe per l’esercizio del suo potere, bensì strumenti che dilatano (in modo molto ampio) il campo delle possibili scelte” (24).

Orbene, per comprovare le precedenti affermazioni anche in questa seconda parte del nostro scritto procederemo ad una sorta di censimento, elencando — ancora una volta senza alcuna pretesa di esaustività — i vari spazi della disciplina delle circostanze che, complici la lacunosità e l’indeterminatezza della legge, vengono riempiti dalla discrezionalità giudiziale.

Nel procedere a tale censimento rileveremo, in primo luogo, i momenti di discrezionalità giudiziale che concernono la stessa individuazione della fattispecie circostanziale, rendendo di fatto il giudice arbitro della sussistenza, o meno, della circostanza (discrezionalità sull’*an* della circostanza); in secondo luogo, segnaleremo quei momenti di discrezionalità giudiziale che si collocano idealmente in una fase successiva a quella dell’individuazione della circostanza, e che riguardano il meccanismo del calcolo della pena del reato circostanziato (discrezionalità sul *quantum* e sul *quomodo* della variazione di pena prodotto dalla circostanza).

3.1. *Discrezionalità giudiziale in relazione all’individuazione della fattispecie circostanziale.*

A questo proposito dobbiamo segnalare che:

1) un primo momento di discrezionalità giudiziale — “primo” anche in una ideale sequenza di operazioni logiche che il giudice deve compiere in relazione alle circostanze — può concernere la stessa qualificazione di un elemento di fattispecie, cui la legge ricollega una variazione di pena, *in termini di circostanza anziché di reato autonomo*. Non sono rari, infatti, i casi in cui un legislatore pigro, sprovveduto o, lui stesso, incerto, lascia aperta una siffatta alternativa, gravida di

(24) D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 703.

importanti ricadute pratiche ⁽²⁵⁾, rimettendone, di fatto, la soluzione al giudice: la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter) costituisce una circostanza aggravante dei delitti di corruzione di cui agli artt. 318 e 319, o un reato a sé stante? l'ipotesi "minore" di favoreggiamento personale di cui al comma 3 dell'art. 378 descrive una circostanza attenuante, o un nuovo e distinto reato? e che dire della truffa aggravata di cui all'art. 640-bis rispetto alla truffa ordinaria di cui all'art. 640? Ultimo, in ordine cronologico, il dubbio lasciato aperto dal legislatore in ordine alla qualificazione — come reato autonomo o come circostanza attenuante? — dell'ipotesi minore di autoriciclaggio prevista dal secondo comma dell'art. 648-ter.1 ⁽²⁶⁾.

In questi e in tanti altri casi il legislatore non solo non indica al giudice l'esatta natura della fattispecie in questione, ma spesso nemmeno gli fornisce criteri affidabili per superare il relativo dubbio, con la conseguenza che uno stesso elemento ha potuto essere qualificato dai giudici — in tempi, in sedi e, soprattutto, ad effetti diversi — ora come circostanza, ora come autonomo reato ⁽²⁷⁾;

2) un ulteriore ambito in cui nella legge si apre un enorme varco alla discrezionalità dei giudici in ordine alla individuazione della fattispecie circostanziale è costituito dalle c.d. *circostanze indefinite*, vale a dire quelle circostanze non compiutamente tipizzate dal legislatore, il quale, nel prevederle, ha utilizzato formule del tipo "fatto di particolare gravità" o, per contro, "fatto di particolare tenuità", così, in pratica, emettendo una cambiale in bianco a favore del giudice, vero arbitro della determinazione circa la sussistenza, o meno, nel caso concreto, di una circostanza siffatta ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Dal punto di vista della disciplina, sia sostanziale che processuale, la qualificazione di un elemento come circostanza o come reato autonomo comporta notevoli differenze: basti pensare, tra l'altro, alla sottoponibilità delle sole circostanze al giudizio di bilanciamento, nonché alla generale irrilevanza delle circostanze ai fini dell'individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

⁽²⁶⁾ In argomento, v. R. BRICCHETTI, *Commento all'art. 648-ter.1*, n. 15, in Dolcini, Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 1356.

⁽²⁷⁾ Sul tema sia consentito rinviare a F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2011, pp. 1564 ss.

⁽²⁸⁾ Come giustamente evidenzia L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., p. 215, le circostanze indefinite, o a "tipicizzazione assente", conferiscono al giudice "un potere

Anche per effetto delle critiche ad esse rivolte dalla dottrina sotto il profilo della violazione del principio di legalità ⁽²⁹⁾, le *aggravanti indefinite* sono oggi quasi scomparse dalla nostra legislazione ⁽³⁰⁾.

Assai numerose, anzi in costante crescita, sono, invece, le *attenuanti indefinite*, tra le quali una posizione di tutta preminenza — sia per il loro rilievo pratico, sia perché sono le più “indefinite” tra le attenuanti indefinite — spetta, ovviamente, alle *circostanze attenuanti generiche* ⁽³¹⁾: come da tempo evidenziato in dottrina e come ampiamente confermato dalla prassi applicativa, infatti, l’art. 62-*bis* “lascia il giudice completamente libero nella ricerca del valore attenuante” ⁽³²⁾.

Generiche a parte, possiamo peraltro constatare che se nel testo

valutativo-discrezionale (se non propriamente arbitrario) di tipo qualitativo, che si caratterizza in termini *para-legislativi*”.

⁽²⁹⁾ Fondamentale in tal senso il lavoro di F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1964, pp. 1019 ss., ora in *Scritti*, vol. I, tomo I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 299 ss., ove v., a pp. 315 ss., un ampio catalogo di aggravanti indefinite vigenti all’epoca in cui Bricola scriveva.

⁽³⁰⁾ Quali residue ipotesi di aggravanti indefinite ancora in vigore potrebbero menzionarsi.

— come segnala A. VALLINI, *Circostanze del reato*, in G.A. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 15, l’art. 4 l. cost. n. 1 del 1989, il quale così recita: “per i reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dai Ministri, la pena è aumentata fino ad un terzo in presenza di circostanze che rivelino la *eccezionale gravità* del reato”;

— come segnala G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale 2 - Forme del reato*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 8, l’art. 38 co. 2 Statuto Lavoratori (l. 300/1970), il quale così recita: “nei *casi più gravi* le pene dell’arresto e dell’ammenda sono applicate congiuntamente”.

⁽³¹⁾ Sulle attenuanti generiche — già previste nel codice Zanardelli, bandite dal codice Rocco, ma poi ripristinate nel 1944 — oltre al fondamentale studio di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959, v. più di recente M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2010, pp. 182 ss.; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., pp. 192 ss.

⁽³²⁾ E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., p. 298; nello stesso senso, A. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, cit., pp. 83 ss.; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 16. Anche i più recenti interventi legislativi, d’altra parte, hanno introdotto solo limiti negativi, e non già indicazioni positive, alla concedibilità delle attenuanti generiche.

originario del codice Rocco compariva solo l'attenuante (parzialmente) indefinita del "fatto di lieve entità" di cui all'art. 311, destinata a diminuire le (originariamente assai) rigorose pene dei reati contro la personalità dello Stato ⁽³³⁾, nei decenni successivi il legislatore — novellando questo o quel settore della parte speciale — ha poi più volte seguito lo stesso schema: da un lato, ha sbandierato pene draconiane, dall'altro, forse preso dai morsi della sua cattiva coscienza, ha inserito un'attenuante indefinita in modo da consentire agevolmente al giudice di abbattere tali pene nel caso concreto.

Tale schema risulta, ad esempio, seguito nel 1975: mentre veniva fissata una pena molto rigorosa per il delitto di spaccio di sostanze stupefacenti, si introduceva anche l'attenuante del "fatto di lieve entità" (art. 71 co. 5 l. 685/1975, il cui contenuto è stato poi sostanzialmente riprodotto nell'art. 73 co. 5 t.u.stup.). Sempre nel 1975 all'aumento della pena per il reato di ricettazione faceva da contraltare l'introduzione dell'attenuante del "fatto di particolare tenuità" (art. 648 co. 2) ⁽³⁴⁾. Nel 1985 è stata la volta del delitto di cattura di ostaggi, punito con pena elevatissima (la reclusione da venticinque a trent'anni), salvo la ricorrenza dell'attenuante indefinita del "fatto di lieve entità" ⁽³⁵⁾. Tale schema si è infine ripetuto, nel 1996, in occasione della riforma dei reati in materia sessuale: il ritocco verso l'alto delle pene previste per tali delitti è stato 'accom-

⁽³³⁾ Come rilevato da F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 305, "con questo articolo il legislatore del '30 volle, implicitamente, per un limitato settore di reati, repressi in forma particolarmente grave, mantenere in vita le attenuanti generiche, anche se, quasi per pudore, ne tacque il *nomen juris* che appariva, a quel tempo, come un pietismo ingiustificato, in uno Stato autoritario". Per altri esempi di attenuanti indefinite previste nel codice penale militare di pace e in alcune risalenti leggi speciali, v. ancora F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., pp. 310 ss.

⁽³⁴⁾ L'attenuante indefinita di cui all'art. 648 co. 2 è stata poi estesa, con l'art. 5 della l. 328 del 1993, anche al delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita: v. art. 648-ter, co. 3.

⁽³⁵⁾ Si veda l'art. 3 della l. 26 novembre 1985, n. 718, di ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979.

pagnato' dall'introduzione della super-attenuante del "fatto di minore gravità" di cui agli artt. 609-*bis* co. 3 e 609-*quater* co. 4 ⁽³⁶⁾.

Ma anche a prescindere da un contestuale inasprimento della pena-base del reato di riferimento (anzi, talora a rinforzo di un ammorbidimento di tale pena), negli ultimi decenni il catalogo delle attenuanti indefinite si è andato ulteriormente allungando per effetto, tra l'altro, dell'introduzione: con la l. 26 aprile 1990 n. 86, dell'attenuante del "fatto di particolare tenuità" per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 323-*bis*); con la l. 26 marzo 2001 n. 128, dell'attenuante del "fatto di lieve entità" per i furti in abitazione o con strappo aventi ad oggetto armi e munizioni (art. 4 co. 4 l. 8 agosto 1977 n. 533); con il d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61, dell'attenuante dell'"offesa di particolare tenuità" prevista per i reati societari (art. 2640 c.c.); con la l. 6 novembre 2012 n. 190, dell'attenuante del "fatto di particolare tenuità" applicabile al nuovo delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* ult. co.); infine con la l. 27 novembre 2015, n. 69, della attenuante dei "fatti di particolare tenuità" (art. 2621 *bis* c.c.), applicabile al delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c. (delitto a sua volta riformulato dalla citata l. 69/2015).

Ad oggi, quindi, il numero e la rilevanza pratica delle attenuanti indefinite risulta nient'affatto trascurabile, con tutto ciò che ne consegue in termini di ampliamento del potere discrezionale di un giudice chiamato a "con-creare" la fattispecie circostanziale attenuante. E se è vero che le attenuanti indefinite, ridondando pur sempre a favore dell'imputato, non pongono gravi problemi di attrito con il principio del *nulla poena sine lege*, è anche vero che esse inseriscono un elemento di indeterminatezza nel sistema che si ripercuote inevitabilmente anche sul reato semplice cui esse accedono. Pensiamo, ad esempio, ai "casi di minore gravità" della violenza sessuale (art. 609-*bis* co. 3): fino a quando resta indeterminato il loro ambito, risulta infatti indeterminato anche l'ambito dei casi di non-minore gravità che, per esclusione, confluiscono nell'ipotesi-base della violenza sessuale (art. 609-*bis* co. 1 e co. 2) ⁽³⁷⁾;

⁽³⁶⁾ V. *supra*, nota 6.

⁽³⁷⁾ In tal senso, v. A. VALLINI, *Circostanze del reato*, cit., p. 16.

3) una tossica combinazione tra indeterminatezza normativa e discrezionalità giudiziale si annida, altresì, in quelle tante *circostanze* dai contorni imprecisi a causa dell'impiego di *clausole generali* o *concetti normativi extragiuridici*, che consentono (o forse sarebbe meglio dire: impongono) al giudice un'opera di valutazione e, quindi, di etero-integrazione della fattispecie circostanziale, ampiamente affidata alla sua intuizione e sensibilità personale. In questo gruppo di circostanze (talora chiamate in dottrina semi-indefinite) rientrano, peraltro, non solo varie attenuanti — ad esempio, i motivi di “particolare valore morale o sociale” di cui all'art. 62 n. 1, il danno patrimoniale di “speciale tenuità” di cui all'art. 62 n. 4, il contributo di “minima importanza” di cui agli artt. 114 co. 1 e 609-*octies* co. 4 prima parte — ma anche molte aggravanti: è il caso, ad esempio, dei motivi “abietti o futili” di cui all'art. 61 n. 1, del danno patrimoniale di “rilevante gravità” di cui all'art. 61 n. 7, del vantaggio o danno di “rilevante gravità” di cui all'art. 323 co. 2, infine della “ingente quantità” di materiale pedopornografico (art. 600-*ter* co. 5 e 600-*quater* co. 2) o di sostanze stupefacenti (art. 80 co. 2 t.u.stup.): è evidente, infatti, che in queste ipotesi la valutazione in ordine alla abiezione o alla futilità, alla rilevante gravità o, infine, alla ingente quantità deve essere operata dal giudice, al quale, tuttavia, la legge non fornisce alcuna precisa direttiva in proposito, sicché tale valutazione finisce per essere sostanzialmente libera ⁽³⁸⁾;

4) in ragione della loro complessità, in questa sede possiamo, infine, fare solo un cenno agli spazi di discrezionalità giudiziale relativi all'*an* delle circostanze, i quali si aprono di fronte alle lacune e alle ambiguità legislative concernenti la combinazione delle circostanze con altre forme di manifestazione del reato: il tentativo e il concorso di persone ⁽³⁹⁾. Le questioni — ampiamente dibattute in dottrina e in giurisprudenza — riguardanti la configurabilità del

⁽³⁸⁾ A questa tipologia di circostanze semi-indefinite ha fatto, peraltro, ricorso anche il legislatore della responsabilità da reato degli enti, prevedendo l'attenuante del danno patrimoniale di *particolare tenuità* (art. 12 co. 1 lett. *b* d.lgs. 231/2001), e l'aggravante del profitto di *rilevante entità* o del danno di *particolare gravità* (art. 24 co. 2 d.lgs. 231/2001).

⁽³⁹⁾ Incidentalmente rileviamo che se tentativo e concorso di persone costituiscono, indubbiamente, “forme di manifestazione del reato”, una siffatta qualificazione risulta, invece, impropria in relazione al reato circostanziato: per una persuasiva dimo-

tentativo di un delitto circostanziato ⁽⁴⁰⁾ e l'esatta individuazione delle *circostanze estendibili ai concorrenti nel reato* ⁽⁴¹⁾, potrebbero, infatti, essere affrontate, e assumere fondamentale rilevanza, anche nella particolare prospettiva da noi seguita in queste pagine. Potremmo, insomma, chiederci *di quanta discrezionalità* disponga il giudice in relazione alla soluzione di casi concreti in cui si discute:

i) se una circostanza sia applicabile *anche ad un delitto rimasto allo stadio di tentativo*: ad esempio, le circostanze aggravanti della lesione grave (art. 583 co. 1) e della lesione gravissima (art. 583 co. 2), le cui fattispecie sono imperniate sull'entità e sulla tipologia dell'evento malattia, si possono applicare — e se sì, a quali condizioni — anche ad una lesione rimasta solo allo stadio di tentativo, la quale, quindi, non ha in concreto prodotto alcuna malattia? ancora: l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61 n. 7), o l'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4) si possono applicare — e se sì, a quali condizioni — anche ad un furto o ad un danneggiamento che, per essere rimasti allo stadio del tentativo, in concreto non hanno prodotto alcun danno ⁽⁴²⁾? Le

strazione di tale assunto, v. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 104 ss.

⁽⁴⁰⁾ Con la formula *tentativo di un delitto circostanziato* si fa riferimento a quella costellazione di casi in cui la circostanza non si è compiutamente realizzata, ma presumibilmente lo sarebbe stata se il delitto fosse giunto a consumazione. Il dubbio circa la possibilità di applicare la circostanza in ipotesi siffatte riguarda, ovviamente, quelle sole circostanze che, per la loro compiuta verifica, richiederebbero necessariamente la consumazione del delitto, in quanto riguardano il risultato (si tratti di evento in senso tecnico, o meno) del delitto stesso. Per un quadro aggiornato di dottrina e giurisprudenza in proposito, v. A. LAGO, *Commento all'art. 56 sub A*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, cit., pp. 1100 ss.

⁽⁴¹⁾ Sui non pochi problemi sollevati dalla (nuova) formulazione dell'art. 118 (*valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti in caso di concorso di persone nel reato*), sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza, a F. BASILE, *Commento all'art. 118*, in Dolcini, Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 1870.

⁽⁴²⁾ Proprio la questione dell'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 al tentativo di un delitto patrimoniale — nella specie, un tentato furto — è stata oggetto di un recente intervento della Cassazione a Sezioni Unite che ha risolto, in senso positivo, il contrasto giurisprudenziale a lungo regnante in proposito (Cass. S.U. 28 marzo 2013, Zonni Sanfilippo, CED 255528, sulla quale v. F. BASILE, *Furto tentato (artt. 56-624 c.p.) e attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, n. 4, c.p.)*, in *Pareri (im)possibili di penale*, a cura di F. Basile, Roma, Neldiritto Editore, 2015, pp. 198 ss.

risposte a tali quesiti, in mancanza di precise e coerenti indicazioni legislative, sono, ancora una volta, ampiamente affidate alla discrezionalità giudiziale;

ii) se una circostanza sia estendibile *anche ad un concorrente cui tale circostanza non si riferisce personalmente*. A questo proposito bastino in questa sede solo due esempi, per confermare gli ampi margini di discrezionalità di cui dispongono i giudici in sede di interpretazione e applicazione dell'art. 118: l'*aggravante della premeditazione* — in quanto relativa all'intensità del dolo — sembrerebbe rientrare nel novero delle circostanze non estendibili: ciò nondimeno non manca giurisprudenza che estende la premeditazione anche a carico del coimputato che non ha originariamente premeditato il reato, qualora questi l'abbia "fatta propria" ⁽⁴³⁾; l'*aggravante della latitanza* (art. 61 n. 6) — non rientrando in nessuna delle categorie menzionate nell'art. 118 — parrebbe senz'altro estendibile anche agli altri concorrenti: ciò nondimeno non manca giurisprudenza che nega l'estensione di tale circostanza agli altri concorrenti, qualora la condizione di latitante di uno di essi non abbia in alcun modo agevolato la realizzazione del reato ⁽⁴⁴⁾.

3.2. *Discrezionalità giudiziale in relazione al meccanismo di calcolo della pena del reato circostanziato.*

Se possiamo ora a monitorare i vari momenti di discrezionalità di cui dispongono i giudici nella fase del calcolo della pena del reato circostanziato:

1) non possiamo che cominciare dall'art. 69: il *giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee* segna infatti, per pacifica opinione dottrinale, il momento di "massima espansione" della discrezionalità giudiziale in materia di circostanze ⁽⁴⁵⁾, non solo per

⁽⁴³⁾ Da ultimo, v. Cass. 11 marzo 2014, C., CED 262383.

⁽⁴⁴⁾ V. Cass. 19 febbraio 2013, Nisi, CED 255728, in CP 2014, 1190.

⁽⁴⁵⁾ E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., p. 300; nello stesso senso, tra i primi commentatori del codice Rocco, A. JANNITTI PIROMALLO, *Illustrazione pratica dei codici penale e di procedura penale*, IV, Roma, Società editrice del "Foro Italiano", 1931, p. 233. Si veda anche D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 705 s., il quale, dopo aver sottolineato che "il bilanciamento fra circostanze è il terreno di una discrezionalità

la vastità dell'oggetto di siffatto giudizio, ma anche per l'assoluta assenza di qualsiasi vincolo legislativo al suo esercizio, sicché, in caso di bilanciamento, il calcolo della pena risulta davvero affidato alla "libera e incontrollata discrezionalità del giudice" ⁽⁴⁶⁾.

Che il giudizio di bilanciamento potesse trasformarsi, nella partita relativa alle circostanze, in una sorta di "asso di briscola" rimesso nelle mani dei giudici, era stato evidenziato, in realtà, già durante gli stessi lavori preparatori del codice Rocco, allorquando la Commissione parlamentare aveva osservato che l'art. 69 si sarebbe prestato a conferire "al giudice una eccessiva discrezionalità, senza assegnargli criteri direttivi" ⁽⁴⁷⁾.

A tale obiezione il Guardasigilli, tuttavia, così replicava: "discrezionalità certamente, ma non eccessiva, perché contenuta nei limiti della funzione del giudice penale, che è quella di valutare i fatti, le circostanze e la personalità del reo agli effetti della legge penale (...); se si chiede al magistrato un giudizio d'assieme, una sintesi che tenga conto d'ogni elemento conferente, una larga comprensione giuridica ed umana dell'episodio delittuoso, non gli si possono impartire

giudiziale amplissima, sostanzialmente incontrollata", mette anche in evidenza il "buco nero" che, paradossalmente, può aprirsi nella scala delle possibili scelte sanzionatorie a seguito del bilanciamento: "nel caso, per es., di lesioni personali dolose gravissime, ove ricorra almeno una attenuante, secondo gli esiti del bilanciamento la pena in concreto potrà essere commisurata fra i sei e i dodici anni (prevalenza della aggravante *ex art. 583*), oppure sotto i tre anni (cioè entro la fascia editale prevista per le lesioni semplici, o addirittura al di sotto di essa nell'ipotesi di ritenuta prevalenza dell'attenuante); in nessun caso la pena potrebbe essere commisurata fra i tre e i sei anni. Ci troviamo di fronte ad uno spazio di *discrezionalità discontinua*, per così dire lacerato al suo interno, nel senso che il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare *o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie*" (corsivi nell'originale).

⁽⁴⁶⁾ M. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 547; nello stesso senso, v. pure G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 448; M. BOSCARRELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei "vizi tecnici" del codice penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1977, pp. 1258 ss.; R. PASELLA, *Appunti in tema di giudizio di bilanciamento fra circostanze*, in « Rivista penale », 1977, pp. 245 ss.; per altri riferimenti a dottrina conforme, v. infine MANCA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 57.

⁽⁴⁷⁾ L'opinione della Commissione parlamentare è riferita da Alfredo Rocco in *Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco a S.M. il Re sul codice penale e sul codice di procedura penale*, Roma, 1931, p. 37.

istruzioni particolari, ma è necessario avere fiducia nella sua cultura, nella sua esperienza, nella sua capacità d'intuizione" ⁽⁴⁸⁾.

Tali parole — già di per sé, a dire il vero, non pienamente idonee a respingere l'obiezione sollevata dalla Commissione parlamentare — venivano comunque pronunciate da Alfredo Rocco *non solo* nella convinzione che (sono ancora parole sue) "garanzia contro ogni eccesso [di discrezionalità] è la motivazione della sentenza, nella quale il giudice dovrà dire i motivi per i quali si convinse della prevalenza o dell'equivalenza delle circostanze" ⁽⁴⁹⁾, *ma soprattutto* in relazione ad un testo originario dell'art. 69 che escludeva dal bilanciamento le circostanze inerenti alla persona del colpevole, nonché quelle autonome e indipendenti. Ma entrambi questi limiti al bilanciamento sono presto saltati: l'uno, per mano dei giudici, che hanno ridotto ad una mera lustra l'onere di motivazione in ordine al giudizio di bilanciamento tra circostanze ⁽⁵⁰⁾; l'altro, per mano del legislatore del 1974, che con un'improvvida riforma ha esteso il bilanciamento a circostanze d'ogni tipo e d'ogni risma;

2) un secondo momento di discrezionalità giudiziale nel calcolo della pena riguarda un numero bensì limitato di circostanze ma rispetto alle quali il giudice è pienamente arbitro: si tratta delle c.d. *circostanze facoltative*, vale a dire circostanze che, pur riscontrate presenti nel caso di specie, il giudice ha facoltà di non prendere in considerazione in sede di determinazione della pena. Sono tali, oltre alla recidiva per l'appunto detta facoltativa (art. 99, co. 1-4), le attenuanti del concorso di persone di cui all'art. 114 (il contributo di minima importanza e l'esser stato da altri determinato alla commissione del reato) e l'attenuante del mutamento del titolo del reato per l'*extraneus* di cui all'art. 117. Nei tre articoli citati l'uso della

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ La giurisprudenza della Cassazione — lo rilevava già nel 1977 R. PASELLA, *Appunti*, cit., p. 245 e tale rilievo è tuttora valido — è infatti assolutamente attestata sulla posizione secondo cui, a proposito del giudizio di comparazione fra circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, *anche la sola enunciazione dell'eseguita valutazione delle circostanze concorrenti* soddisfa l'obbligo della motivazione, trattandosi di un giudizio rientrante nella discrezionalità del giudice e che, come tale, *non postula un'analitica esposizione dei criteri di valutazione* (così, da ultimo, Cass. 22 ottobre 2015, M., n. 44633, in « Leggi d'Italia »).

locuzione “il giudice può diminuire/aumentare la pena” (o formule equivalenti) vale, infatti, a rimettere al giudice la scelta se applicare o meno, ai fini del calcolo della pena, circostanze effettivamente presenti: “sicché”, rileva giustamente Mantovani, “non si tratta più di discrezionalità, ma di *arbitrium judicis*” ⁽⁵¹⁾;

3) “il giudice può diminuire/aumentare la pena” è, peraltro, una formula che si ripresenta — con il suo invariato carico di discrezionalità giudiziale — anche nei commi quarto e quinto dell’art. 63 per il calcolo della pena in caso di *concorso omogeneo tra più circostanze autonome o ad effetto speciale*: se ricorrono più aggravanti (o attenuanti) di tal tipo, il giudice deve, infatti, applicare soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave (o per quella meno grave), ma “può aumentarla” (o “può diminuirla”) — e questo “può” significa, ancora una volta: giudice, a te la scelta! ⁽⁵²⁾;

4) procedendo nel nostro monitoraggio dei momenti di discrezionalità di cui dispone il giudice in fase di calcolo della pena di un reato circostanziato, dobbiamo ora soffermarci su quelle circostanze produttive di una *variazione frazionaria elastica* della pena, sia che si

⁽⁵¹⁾ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Padova, Cedam, 2015, p. 400. È rimasta, invece, minoritaria la posizione di quanti, come F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 304, ritengono che la locuzione “può” tradirebbe solo l’incompletezza della formulazione legislativa, ma non lascerebbe il giudice arbitro dell’applicazione, o meno, della circostanza, una volta rilevata la presenza in concreto. In argomento, v. da ultimo L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., pp. 205 ss.

⁽⁵²⁾ Le briglie lasciate sciolte dal legislatore hanno addirittura consentito alla giurisprudenza di trasformare quel “può” in “deve” nel caso particolare in cui si tratti di procedere al calcolo della pena a fini cautelari, ai sensi dell’art. 278 c.p.p. Con un recente intervento delle Sezioni Unite si è infatti statuita l’*obbligatorietà* dell’aumento di un terzo, previsto dall’art. 63 n. 4, nel caso di concorso di più aggravanti ad effetto speciale: “Ai fini della determinazione della pena agli effetti dell’applicazione di una misura cautelare personale e segnatamente della individuazione dei corrispondenti termini di durata massima delle fasi processuali precedenti la sentenza di merito di primo grado, deve tenersi conto, nel caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, oltre che della pena stabilita dalla legge per la circostanza più grave, anche dell’ulteriore aumento complessivo di un terzo, ai sensi dell’art. 63 co. 4 c.p. per le ulteriori omologhe aggravanti meno gravi” (Cass. S.U. 27 novembre 2014 - dep. 22 settembre 2015, Ventrì, n. 38518, su cui v. G. SANTALUCIA, *Termini di durata della custodia cautelare e concorso di aggravanti ad effetto speciale*, in «Giurisprudenza italiana», 2015, pp. 2045 ss.).

tratti di circostanze ad effetto comune, sia che si tratti di circostanze ad effetto speciale ⁽⁵³⁾.

Si noti, infatti, che in presenza di queste circostanze il calcolo della pena finale avviene attraverso un procedimento c.d. bifasico (v. art. 63 co. 1): il giudice, in una prima fase, determina la pena per il reato utilizzando i soli criteri di cui all'art. 133, come se la circostanza non ci fosse; in una seconda fase, sulla pena così determinata, applica la variazione frazionaria comportata dalla circostanza. Ma ciò significa che il giudice, oltre alla consueta discrezionalità relativa alla commisurazione della pena per il reato semplice (art. 133), dispone qui di un secondo momento di discrezionalità in relazione alla determinazione del *quantum* della variazione di pena dovuto alla presenza della circostanza: e come il giudice debba esercitare questo secondo momento di discrezionalità commisurativa non è dato saperlo, giacché nulla al riguardo è detto nell'art. 63 co. 1 o in altre disposizioni di legge ⁽⁵⁴⁾.

Anche in quest'ambito, peraltro, il silenzio del legislatore finisce per dischiudere ampi margini di manovra per il giudice: immaginiamo, infatti, che il giudice, dopo la prima fase di commisurazione, individui la pena di 12 anni di reclusione; aumentare tale pena, nella seconda fase di commisurazione, ad esempio, "fino a un terzo" (per la presenza di una circostanza ad effetto comune), significa poter infliggere in concreto una pena che va da 12 anni e 1 giorno di reclusione a 16 anni di reclusione: 3 anni, 11 mesi e 364 giorni della vita del condannato restano così completamente affidati alla discrezionalità del giudice; e questo intervallo temporale, entro il quale il giudice può spaziare liberamente, potrà ovviamente essere ancora maggiore se la circostanza è ad effetto speciale ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Ben evidenzia la discrezionalità di cui dispone il giudice in relazione a siffatta tipologia di circostanze, DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., p. 298 s.

⁽⁵⁴⁾ Lo sottolinea efficacemente F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giapicchelli, 2013, p. 526. Per l'illustrazione dei vari problemi connessi a questa seconda fase commisurativa, durante la quale è, in particolare, controversa l'utilizzabilità dei criteri di cui all'art. 133 e la rilevanza del c.d. divieto di doppia valutazione, v., anche per i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza, F. FIERRO CENDERELLI, A. AIMI, *Commento all'art. 63*, in Dolcini, Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 1372 ss.

⁽⁵⁵⁾ L'aver parlato nel testo di circostanze a "variazione frazionaria" ci offre l'occasione per sottolineare, sia pur solo nello spazio di una breve nota, una *summa*

4. *Conclusione.*

A conclusione della nostra indagine, possiamo ritenere raggiunti i due obiettivi che ci eravamo proposti nell'introduzione. Riteniamo, infatti, di aver dimostrato, in primo luogo, l'*enorme potere* delle circostanze sul reato: la presenza o l'assenza di determinate circostanze può significativamente influire sull'esito della vicenda processuale concernente il reato cui la circostanza accede. Ci sembra, in secondo luogo, di aver altresì dimostrato l'*enorme potere* di cui dispongono i giudici in questa materia. La concreta operatività delle circostanze — sia in fase di individuazione della stessa fattispecie circostanziale, sia in fase di calcolo della variazione di pena derivante dalla circostanza — risulta, infatti, affidata, in più punti nevralgici, alle scelte, ampiamente discrezionali, del giudice: l'intento del legislatore del 1930 di guidare e limitare, attraverso il sistema delle circostanze, la discrezionalità del giudice ⁽⁵⁶⁾ registra, insomma, un clamoroso fallimento.

I germi di un tale fallimento erano presenti, a dire il vero, già nel

divisio tra circostanze, non sempre adeguatamente evidenziata nella manualistica, nonostante il suo grande rilievo in relazione al differente "piano" sul quale le circostanze esplicano il loro effetto di modificazione della pena (in argomento, v. comunque G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 11 ss., il quale, tuttavia, scrive prima della riforma del 1984 dell'art. 63 co. 3, e pertanto utilizza una terminologia oggi non più conforme al dato normativo; più di recente, v. F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 525 s.; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale 2 - Forme del reato*, cit., p. 4; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 111 ss.; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., p. 194 ss.). Si tratta della distinzione tra:

— circostanze che producono una *variazione frazionaria della pena*, compresa entro un terzo (c.d. circostanze ad effetto comune) o superiore al terzo (circostanze ad effetto speciale): esse svolgono la loro funzione modificativa della pena sul piano della *commisurazione giudiziale della pena*, commisurazione che, come descritto nel testo, si svolge sulla base del procedimento bifasico previsto dall'art. 63 co. 1;

— circostanze che determinano, invece, l'applicazione di una *nuova cornice edit-tale di pena*, pena che può essere della stessa specie della pena del reato semplice (c.d. circostanze indipendenti), o di specie diversa (c.d. circostanze autonome): a differenza delle precedenti, le circostanze di questo secondo tipo svolgono la loro funzione modificativa della pena già sul piano della *determinazione legale della pena*; attraverso di esse, infatti, il legislatore prefigura per il reato circostanziato una nuova cornice editale, diversa da quella comminata per il reato semplice.

⁽⁵⁶⁾ Su tale originario intento v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 398; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 434.

codice del '30 e possono essere individuati nei seguenti elementi: l'eccessivo numero di fattispecie circostanziali; il bilanciamento tra circostanze eterogenee programmaticamente affidato all'intuizione dei giudici; la mancata indicazione di criteri per distinguere le circostanze dagli elementi costitutivi.

Le riforme dei decenni successivi hanno solo peggiorato la situazione e reso il fallimento ancor più cocente e generalizzato.

Da un lato, infatti, il legislatore ha continuato ad aumentare il numero delle fattispecie circostanziali: non solo si sono moltiplicate senza freni le ipotesi di circostanze speciali, aggravanti o attenuanti (e, tra quest'ultime, ampio spazio è stato dato, come si è detto sopra, alle attenuanti indefinite), ma è stato anche allungato il catalogo delle aggravanti comuni di cui all'art. 61 e sono state inserite, in leggi extracodicistiche, aggravanti applicabili a tutti i reati ⁽⁵⁷⁾ o perlomeno a gruppi molto ampi di reati ⁽⁵⁸⁾.

Dall'altro lato, il legislatore è intervenuto ripetutamente anche sulla disciplina generale delle circostanze (in particolare, sugli artt. 59 co. 1 e 2, 63 co. 3, 69, 118), fatta oggetto di novelle improvvide, affrettate, non coordinate né tra di loro, né col resto del sistema, così finendo per intaccare, e ingarbugliare, profondamente l'originario modello codicistico ⁽⁵⁹⁾; risulta, invero, difficile individuare una

⁽⁵⁷⁾ Sono applicabili a tutti i reati, salvo il limite della incompatibilità, ad esempio, le seguenti circostanze aggravanti (v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 560):

— la finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 1 l. 6 febbraio 1980 n. 15;

— la contiguità mafiosa (l'aver commesso il fatto avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo), di cui all'art. 7 l. 12 luglio 1991 n. 203;

— la finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, di cui all'art. 3 l. 25 giugno 1993 n. 205;

— la c.d. transnazionalità del reato, vale a dire la commissione del reato col contributo di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in uno o più Stati, di cui all'art. 4 l. 11 marzo 2006 n. 146.

⁽⁵⁸⁾ Si pensi, ad esempio, all'aggravante del fatto commesso in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale, di cui all'art. 36 l. 5 febbraio 1992 n. 104, applicabile ai delitti non colposi contro la persona e contro il patrimonio di cui al codice penale, ai reati in materia di prostituzione di cui alla l. 75/1958 e al delitto di atti osceni di cui all'art. 527 c.p.

⁽⁵⁹⁾ D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 701.

linea guida, un obiettivo comune, sia pur solo di massima, perseguito da queste riforme, al punto che l'unico tratto unificante di esse parrebbe l'insipienza legislativa, trasfusasi non solo nella sostanza, ma perfino nelle stesse scelte linguistiche ⁽⁶⁰⁾.

Insomma, difetti originari e vizi sopravvenuti del sistema delle circostanze hanno finito per produrre un eccesso di discrezionalità giudiziale: e la discrezionalità, quando è troppa, si spoglia della sua funzione *sana* (affidare ai giudici il compito di proseguire nel caso concreto le valutazioni astratte del legislatore) e si riveste di una funzione *malsana* (aprire varchi alle componenti irrazionali, intuitive, creative dell'attività giudiziale, capaci di alterare le scelte legislative), con conseguente accresciuto rischio di esiti processuali imprevedibili, incoerenti, e, quindi, di trattamenti sanzionatori ingiustificatamente diseguali e, pertanto, intrinsecamente iniqui.

Guardando al complesso di norme che regolano le circostanze, risulta allora difficile non trovare tuttora attuale lo sdegno di Cesare Beccaria quando paventava che l'esito del processo penale potesse essere "il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione", che esso potesse dipendere "dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo" ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Com'è noto, particolarmente criticabili — e criticate — sotto il profilo (anche) linguistico sono le riformulazioni degli artt. 59 e 118, operate dalla l. 19 del 1990, e, ancor più, la riformulazione del terzo comma dell'art. 63, operata dall'art. 5 l. 31 luglio 1984 n. 400, per effetto della quale le circostanze c.d. *indipendenti* non sono più menzionate in tale comma, con conseguenti gravi dubbi circa la disciplina ad esse applicabile, anche ai fini delle previsioni contenute nell'art. 157 co. 2 e negli artt. 4, 278 e 604 c.p.p. (si tratta di dubbi sui quali la giurisprudenza tutt'oggi si interroga: v., ad esempio, Cass. 15 dicembre 2014, Spadaro Tracuzzi, CED 261334, ove la Cassazione esplicitamente si pone "la questione giuridica se le aggravanti c.d. indipendenti siano o meno ricomprese nella disciplina di cui all'art. 63 co. 3", questione ivi risolta affermativamente in relazione all'aggravante indipendente di cui al comma 4 dell'art. 416-bis; una soluzione opposta viene, invece, adottata dalla Cassazione in relazione all'aggravante indipendente di cui all'art. 609-ter co. 1 n. 1: Cass. 8 ottobre 2013, D.N., CED 257292).

⁽⁶¹⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV - *Interpretazione delle leggi* (ed. a cura di Franco Venturi), Torino, Einaudi, 1994, p. 16.

SOMMARIO

<i>Avvertenza</i>	v
MICHELE PIFFERI, <i>Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla ‘periferia’ del codice</i>	1
ROBERTO BARTOLI, <i>Le circostanze ‘al bivio’ tra legalità e discrezionalità</i>	19
LOREDANA GARLATI, <i>Radici antiche per problemi attuali: le circostanze nella legislazione asburgica</i>	51
FLORIANA COLAO, <i>Il problema delle circostanze del reato. Dall’arbitrium al ‘potere discrezionale del giudice’ nell’individualizzazione della pena. Un percorso italiano tra Otto e Novecento</i>	79
SEBASTIÁN MARTÍN, <i>Modelos de circunstancias del delito en la codificación penal española (1822-1944)</i>	109
MARCO NICOLA MILETTI, <i>Elemosina giudiziaria o trionfo dell’ equità? Il ripristino delle attenuanti generiche nella penalistica italiana del secondo dopoguerra</i>	165
GIANCARLO DE VERO, <i>Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene</i>	213
ALESSANDRO MELCHIONDA, <i>La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di ricostruzione</i>	251
FABIO BASILE, <i>L’enorme potere delle circostanze sul reato; l’enorme potere dei giudici sulle circostanze</i>	303

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

- 40 Giovanni Cazzetta, **RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)**
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, **IL DOMINIO E LE COSE**
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 **L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO**
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 **PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio**
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzearella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, **SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI**
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, **IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"**
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, **CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA**
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, **ANTES LEYES QUE REYES**
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, **DIRITTO D'OLTREMARE**
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, **STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA**
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, **NOBILTÀ DEL DIRITTO**
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, **LA RAGIONE DEL DIRITTO**
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, **GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007**
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzearella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 35,00

024196745

ISBN 978-88-14-21589-6

