

UNA BREVE NOTA INTRODUTTIVA

Oggetto e finalità dell'indagine

Nonostante l'attuale conformazione del reato, integralmente sbilanciata sui fatti di corruzione "comune", non consenta di apprezzarlo, in realtà la storia del delitto di corruzione è in qualche modo la storia della corruzione in atti giudiziari, che ha da sempre rappresentato il "tipo normativo" sul quale si è poi modellata la successiva legislazione penale, progressivamente tesa a costruire un apparato repressivo a più ampio respiro in grado di fronteggiare un fenomeno criminoso, la cui sempre più accentuata diffusività e virulenza reclamano da tempo il soccorso di strumenti diversi dal solo presidio offerto dalla norma incriminatrice¹.

Lo stesso diritto penale romano, che presentava più di altri le caratteristiche di un sistema normativo compiuto, aveva focalizzato l'attenzione proprio sulla necessità che i magistrati si astenesse- ro da ogni turpitudine ed, in particolare, dalla ricezione in un anno di donativi superiori ai cento aurei².

¹ Da tempo la dottrina più autorevole segnala la necessità di un potenziamento del fronte *preventivo*, peraltro raccomandato dalle stesse istituzioni europee ed internazionali, che trovi effettiva realizzazione attraverso un rafforzamento degli strumenti amministrativi, quali la prevenzione del conflitto di interessi, la revisione della disciplina dei lavori pubblici, una maggiore effettività del sistema disciplinare ed una più accentuata valorizzazione della trasparenza. Per tutti si legga F. PALAZZO, *Conclusioni per una disciplina 'integrata' ed efficace contro la corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, p. 95 ss.; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012. Sottolinea la necessità di una riforma di 'sistema', che coinvolga anche i reati societari e tributari, pure A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 133 ss., in part. p. 150.

² Si fa riferimento alla *Lex Iulia de repetundis*, promulgata da Caio Giulio Cesare nel 59 a.C., che precisava altresì come non si dovesse percepire alcunché per far condannare o assolvere un uomo; per mandare un uomo in prigio-

La centralità assegnata alla corruzione in atti giudiziari dai più evoluti ordinamenti del passato non trova però corrispondenza nell'attuale assetto predisposto dal legislatore italiano che, oramai consapevole, da un lato, della forza degenerativa e della capacità di disgregazione della realtà economico-sociale che la corruttela è in grado di esprimere³ e sollecitato, dall'altro, dall'indifferibile esigenza di conformarsi agli strumenti internazionali ai quali il nostro paese ha aderito⁴, non esita, in questo specifico settore della criminalità, a far sentire la propria voce riformatrice, anche in misura probabilmente ipertrofica e perennemente emergenziale, senza che tuttavia questo incessante attivarsi "coinvolga" anche il delitto di cui all'art. 319 *ter* c.p. Esso, sino ad oggi, è rimasto infatti ai margini delle novelle legislative ed è stato chiamato in causa soltanto per un'ineludibile istanza di adeguamento della risposta sanzionatoria, che preservi da irragionevolezza e disarmonie originate dalle plurime innovazioni apportate alle fattispecie limitrofe.

E se non si può che convenire sulla sostanziale inadeguatezza dello sforzo interpretativo, tutto proteso alla ricerca di criteri che consentano di 'fissare' il perimetro applicativo di una fattispecie dalla legalità "mobile", rispetto alla vastità e all'incessante dinamismo criminologico delle pratiche corruttive⁵, ciò non toglie che

ne, legarlo, ordinare che sia legato o per farlo uscire dal carcere; per stabilire l'ammontare di una causa o per promuovere o non promuovere un giudizio con pena capitale o con pena pecuniaria.

³ Nel tempo sono sensibilmente aumentati gli studi a carattere sociologico e criminologico, finalizzati ad offrire un inquadramento della corruzione che vada al di là dei profili squisitamente giuridici. Solo a titolo esemplificativo si possono citare i lavori di A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Milano, 2008; M. ARNONE-E. ILIOPULOS, *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005; V. SCORDAMAGLIA, *La corruzione malattia della democrazia*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 65 ss.; G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 775 ss.; G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003; ID., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476.

⁴ OECD, *Anti Bribery Convention*, 17 dicembre 1997; COUNCIL OF EUROPE, *Civil law Convention on Corruption*, Strasburgo, 4 novembre 1999; UNITED NATIONS, *United Nations Convention against Corruption*, 31 ottobre 2003; DECISIONE QUADRO 2003/568/GAI, 23 luglio 2003; GRECO, *Join First and Second Evaluation Round*, 2 luglio 1999; GRECO, *Compliance Report on Italy*, 27 maggio 2011; GRECO, *Third Evaluation Round*, 23 marzo 2012; GRECO, *Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, 19 gennaio 2017.

⁵ F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3389.

l'ontologica esiguità dei mezzi a disposizione del giurista rischi di trasformarsi in vera e propria impotenza al cospetto di una norma così mal strutturata che, nel misurarsi con la realtà applicativa, ha da tempo mostrato profili di criticità nient'affatto fisiologici, i quali avrebbero non solo suggerito ma addirittura imposto una complessiva rivisitazione della norma, se non altro quale *complemento* di un intervento settoriale che ha profondamente inciso su disposizioni ad essa strettamente collegate.

Diversamente, il legislatore, insensibile alle sollecitazioni provenienti da una "eloquente" verifica prasseologica, ha ritenuto di mantenere inalterato il precetto di una fattispecie incriminatrice che, originariamente plasmata attorno al richiamo integrale ai delitti di corruzione 'comune', continua a tutt'oggi a presentarsi con una formulazione *per relationem*. Ed è proprio questo che la condanna ad essere ricettacolo di vecchi e nuovi dubbi interpretativi, riservando nel contempo uno spazio di manovra al giudice del tutto inaccettabile in un sistema che dovrebbe fare della determinatezza del contenuto normativo uno dei suoi principi cardine, posti a garanzia della libertà dei consociati.

È nel contesto così succintamente tratteggiato che si inserisce la nostra indagine, il cui obiettivo è quello di calare la corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato, facendone emergere i più significativi nodi problematici nel solco di una direttrice che si svilupperà essenzialmente attorno ai tre poli rappresentati: a) dall'inquadramento come fattispecie autonoma o come circostanza aggravante, perché a me pare che il tema, nonostante le certezze manifestate sul punto dalla giurisprudenza e dal più articolato, ma non meno consolidato, orientamento della dottrina – entrambe concordi nel ritenere che si tratti di un titolo autonomo di reato – necessiti di essere rimeditato alla luce di una rivalutazione degli indici ermeneutici posti a fondamento della soluzione univocamente prospettata nonché di una più generale verifica di 'sistema', in parte stimolata anche dalle modifiche introdotte dalle riforme con specifico riferimento alla risposta sanzionatoria;

b) dalla necessità di una più compiuta delineazione del perimetro di tipicità della fattispecie, che risente in misura assai penetrante del vizio "genetico" costituito dall'inopinato ricorso alla tecnica del rinvio.

In altre parole, il "cordone ombelicale" che ancora tiene legata la corruzione in atti giudiziari alle altre ipotesi di corruzione è d'ostacolo ad una puntuale individuazione degli elementi costitutivi del tipo criminoso, che sembra dunque destinato a rimanere avvolto

in un cono d'ombra, che abbraccia indistintamente i soggetti attivi e la condotta, precipitato, quest'ultima, della reazione del legislatore dinanzi all'evoluzione della corruzione da "burocratica" a "politico-affaristica" e che ha aperto le porte del sistema alla corruzione *per la funzione* quale variante della corruzione per l'atto. Le incertezze che accompagnano la nuova incriminazione, stretta tra l'esigenza di sottrarre all'interprete il primato nel reprimere l'asservimento integrale del *munus publicum* agli interessi privati ed una modulazione sanzionatoria che fosse proporzionata al liquefarsi dell'offesa al buon andamento ed all'imparzialità nell'imperativo etico ed eticizzante della *non venalità*, si riflettono specularmente sulla norma *ad quem*, della quale amplificano le già esistenti difficoltà indotte dalla combinazione tra un atto conforme ai doveri di ufficio e la finalità di "favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo", attorno a cui ruota la specialità della disposizione. Né, d'altro canto, può dirsi "investito" da un fascio di luce neppure quest'ultimo elemento che, oltre a sollevare ordinari dubbi esegetici sulla capacità di prensione delle nozioni di "parte" e di "processo" e su che cosa debba intendersi per "favore" o per "danno", porta con sé un ulteriore carico di conflittualità una volta messo a confronto con il principio di offensività, come del resto accade ad ogni reato a dolo specifico differenziale;

c) dalla ricostruzione della relazione sussistente tra la corruzione in atti giudiziari ed il delitto di intralcio alla giustizia, da un lato, ed il delitto di falsa testimonianza, dall'altro, che sia frutto di una corretta applicazione dei criteri solutori assunti a regolamentare il fenomeno della convergenza tra norme e che hanno oramai trovato definitiva consacrazione anche presso la più recente giurisprudenza di legittimità.

Il fatto, poi, che la corruzione in atti giudiziari condivida con la corruzione comune le difficoltà di emersione dovute ad un atteggiamento di generale indifferenza e di più specifica omertà derivante dalla comune sorte sanzionatoria a cui vanno incontro le parti dell'accordo ha indotto il legislatore del 2015 ad includerla opportunamente tra le norme alle quali può rivolgersi la circostanza attenuante ad effetto speciale c.d. della *collaborazione processuale*, con la quale si assegna rilievo, sia pure parziale, alla fase del *post fatto*, muovendosi in una prospettiva di premialità 'ridotta' ma pur sempre incentivante condotte *lato sensu* antagonistiche rispetto a quelle penalmente significative e che si sostanziano nel virtuoso connubio tra ravvedimento sostanziale, per un verso, ed efficace contributo all'accertamento del fatto o all'identificazione dei responsabili, per l'altro.

Benché, in nome dell'effettività della misura, non ci sia spinti sino alla previsione di una causa di non punibilità nel più o meno condiviso convincimento che una scelta di politica criminale così radicale avrebbe compromesso l'efficacia dissuasiva delle norme incriminatrici, resta impregiudicato che la convivenza tra premialità e funzioni della pena non sia priva di ostacoli, come plasticamente segnalato dalla formula, almeno in apparenza *ossimorica*, di diritto penale premiale, che impone di declinare in quali esatti termini premio e pena possano coesistere.

Infine, con il dichiarato obiettivo di impedire che i delitti in materia di corruzione, ivi compresa la corruzione in atti giudiziari, risultino fruttiferi per l'intraneo, si è di recente allestito un armamentario 'sanzionatorio' avente funzione *afflittivo-propulsiva* della restituzione dei proventi del reato, nel quale confluiscono norme repressive a fondamento sostanziale (l'inedita misura della riparazione pecuniaria che si combina con la previsione di una peculiare figura di sospensione condizionale della pena, obbligatoriamente subordinata, sin dalla sua prima concessione, alla rifusione di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale) e più rigorose disposizioni processuali (si impedisce l'accesso al rito del patteggiamento in difetto di una restituzione *integrale* del prezzo o del profitto derivanti dal reato), che suscitano riserve di non poco momento sulla loro capacità di adattamento ad istituti già presenti nel sistema, come la confisca, e sulla loro compatibilità con un pieno esercizio del diritto di difesa.

CAPITOLO I

**LA NATURA GIURIDICA
DELLA CORRUZIONE IN ATTI GIUDIZIARI
TRA FATTISPECIE AUTONOMA
E CIRCOSTANZA AGGRAVANTE**

SOMMARIO: 1. Una rivalutazione della questione relativa alla natura giuridica della corruzione in atti giudiziari a seguito della riforma “Severino” e della L. 27 maggio 2015, n. 69: le immutate ricadute pratico-applicative della soluzione. – 2. La “gerarchizzazione” dei criteri solutori: gli indici di stampo formale. – 2.1. Gli indici aventi natura *sostanziale* o *strutturale*. – 2.2. Gli indici “residuali” e quelli “peculiari” alla corruzione in atti giudiziari derivanti dal ricorso allo strumento dell'*interpretazione sistematica*: gli argomenti a favore della tesi della natura di fattispecie autonoma. – 2.3. L'asserita inesistenza delle c.d. aggravanti delle aggravanti e la necessità di un loro inquadramento dogmatico-sistematico. – 2.4. La relazione strutturale tra il comma 1 ed il comma 2 dell'art. 319 *ter* c.p. – 2.5. Gli argomenti a favore della tesi della natura circostanziale. – 2.6. La necessaria presa d'atto della mancata previsione dell'istigazione alla corruzione in atti giudiziari quale precipitato della qualificazione come fattispecie autonoma e le possibili soluzioni. – 2.7. L'impossibilità di far seguire alla condanna per corruzione in atti giudiziari l'applicazione della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. – 3. La necessità di ricorrere ad un'interpretazione “tipologicamente orientata” quale strumento ermeneutico per risolvere il problema della qualificazione di fattispecie “ostinatamente” dubbie.

1. *Una rivalutazione della questione relativa alla natura giuridica della corruzione in atti giudiziari a seguito della riforma “Severino” e della L. 27 maggio 2015, n. 69: le immutate ricadute pratico-applicative della soluzione*

Non è in discussione, al di là della condivisione o meno delle scelte adottate e delle ragioni che le hanno sostenute, che la L. n. 190/2012, contenente “Disposizioni per la prevenzione e la repres-

sione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", abbia inciso profondamente sul tessuto normativo dei delitti di concussione e corruzione, innovandolo rispetto al passato nella prospettiva, peraltro comune alla maggior parte delle riforme in materia di giustizia, di assicurare strumenti di maggiore efficacia nella repressione, ma ivi ancor prima nella prevenzione, di fenomeni di particolare insidiosità e diffusione nell'apparato socio-economico del paese¹.

Non interessa in questa sede declinare, neppure per cenni, le modalità in cui si articola il nuovo assetto, ancor meno evidenziandone progressi e lacune, affinamenti di disciplina e perplessità.

Ciò che qui deve essere segnalato quale dato da cui muovere le prime riflessioni, ancorché per lo più trascurato al cospetto di un intervento riformatore che ha catalizzato l'attenzione degli interpreti sul cuore della riforma – coincidente con l'epicentro (concussione e corruzione) dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – è che la corruzione in atti giudiziari, fatta eccezione per un marginale ritocco *in peius* del trattamento sanzionatorio, è rimasta ancorata alla sua previgente formulazione, quasi che non fossero emerse, negli anni, criticità a tal punto significative, da addirittura suggerire a taluno, come vedremo, un *non liquet* rispetto a questioni allo stato non risolvibili o comunque pasibili di soluzioni fortemente opinabili.

L'innalzamento della pena che ha interessato, anzitutto, il primo comma – ove si è proceduto con l'aumento circa di 1/3 del minimo e del massimo edittale – ha trovato peraltro simmetrico riscontro in un generalizzato irrigidimento della risposta sanzionatoria, che ha coinvolto tanto la riformata concussione, quanto la nuova figura della corruzione per l'esercizio della funzione e la corruzione propria, riducendo sensibilmente lo scarto tra la corruzione in atti giudiziari e le altre forme di corruzione, tra cui, segnatamente, la corruzione per un atto contrario ai doveri di uffi-

¹ Si leggano in proposito le allarmanti "cifre" sulle dimensioni e sui costi della corruzione in Italia riportate da E. DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee e spunti critici*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 154 ss., tenendo conto delle stime delle Corti dei conti, della classifica stilata da *Transparency International*, che si avvale del c.d. *Indice di Percezione della Corruzione (Corruption Perception Index)* e delle indicazioni provenienti dalla Banca mondiale attraverso le ultime rilevazioni del *Rating of control of corruption (RCC)*. Sul punto si veda anche R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n. 190 e le politiche ancora necessarie*, in www.penalcontemporaneo.it, 22 febbraio 2013, pp. 2-3.

cio. Se, infatti, prima della novella, la pena prevista per il reato di cui all'art. 319 *ter* c.p. eccedeva in misura superiore alla metà rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art. 319 c.p., a seguito della riforma del 2012 il minimo edittale era divenuto addirittura coincidente, concentrandosi la differenza soltanto sul massimo edittale, peraltro ridotta a meno di 1/3.

Nello stesso senso si è proceduto a meno di tre anni di distanza con la L. 27 maggio 2015, n. 69, con la quale, al netto dell'introduzione di misure tese a contrastare più efficacemente la piaga della corruttela, sia sotto il profilo dell'implementazione degli strumenti di acquisizione probatoria che sul fronte del recupero delle somme oggetto dell'illecito, si è ulteriormente inasprita la risposta sanzionatoria, intensificando, proporzionatamente, le pene della corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), della corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.) e della corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.), sia pure mantenendone inalterata la distanza in una prospettiva di raffronto comparativo. Infatti, in via esemplificativa, a fronte di una forbice edittale per la corruzione propria che si attestava su di un minimo di 4 anni e si spingeva sino ad un massimo di 8 anni di reclusione, si contrapponeva quella della corruzione in atti giudiziari, identica, come detto, nel minimo ma più elevata nel massimo, allora previsto in 10 anni; essendosi, con la L. n. 69/2015, innalzata la pena per la corruzione propria da 6 a 10 anni, si è corrispondentemente intervenuti su quella della corruzione in atti giudiziari, corroborando la scelta nel senso di un'identità del minimo edittale e di un aumento del massimo in misura non soltanto inferiore ad 1/3 ma ancora meno significativo rispetto a quello fissato con la riforma del 2012.

La constatazione che precede, consegnando all'interprete – come avremo modo di precisare meglio – utili indicazioni ai fini di una ricostruzione dell'assetto *tipologico* nel quale la norma viene inserita, ci introduce alla prima delle direttrici tematiche attorno alle quali si svilupperanno le nostre considerazioni, la quale, riguardando il *prius* dell'inquadramento dogmatico della norma tra fattispecie *autonoma* e fattispecie *circostanziale*, non può che precedere ogni altra questione problematica, per di più condizionandone gli esiti.

Trattandosi, come risaputo, di un tema di ampio respiro, che da molto tempo si è conquistato uno spazio tra le “costant(i)del pensiero giuridico penale”², lo affronteremo recuperando, in estrema

² Così F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1019. Sottolinea co-

sintesi, l'approccio "generalizzante" seguito dalla altrettanto nota giurisprudenza delle Sezioni unite della Suprema Corte³, per poi calarlo nello specifico contesto della fattispecie in esame, con l'obiettivo di sottoporre a vaglio critico le argomentazioni di volta in volta sostenute a favore dell'una o dell'altra delle soluzioni prospettabili, valutandone la tenuta e misurandone la fondatezza alla luce, in ultima analisi, di un duplice criterio ermeneutico di tipo sia "sistemico" che – come chiariremo nel prosieguo – "tipologico".

Ribadito che, sul piano *ontologico*, vi è assoluta *identità* tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali, nel senso che non è riscontrabile alcuna differenza dal punto di vista della realtà fenomenico-naturalistica, che si ponga come *preesistente* rispetto all'inquadramento di volta in volta operato dal legislatore⁴, ciò non toglie, co-

me la nascita della problematica ricerca di un valido criterio discretivo tra elementi essenziali ed elementi circostanziali coincida con la collocazione, da parte del Codice Rocco, delle circostanze nell'ambito della teoria generale del reato, quali sue forme di manifestazione, non essendosi palesata sino ad allora alcuna necessità di tracciare una linea di confine tra elementi tra loro fortemente eterogenei, attenendo le une in via esclusiva alla sfera della commisurazione giudiziale della pena, con efficacia rigorosamente intraeditale e gli altri alla struttura del reato e dunque soltanto essi in grado di incidere sulla valutazione legale del disvalore del fatto, G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2819-2820.

³ Ci si riferisce, ovviamente, a Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *C.E.D. Cass.*, n. 221663.

⁴ A tacer d'altro, è l'ordinamento stesso che trasmette inequivoci segnali in questa direzione, poiché basta leggere gli artt. 61, 62 e 84 c.p. per rendersi conto che uno stesso elemento può essere indifferentemente qualificato in un senso o nell'altro, a seconda dell'arbitrio del legislatore. Opinione assolutamente condivisa in dottrina da, tra i molti, G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 14, che dimostra come vi siano circostanze riferibili ad ogni singolo elemento strutturale di fattispecie, potendo attenere tanto alla condotta, quanto all'evento, sia all'oggetto materiale che al soggetto passivo, ai rapporti offeso-colpevole ma anche al *locus commissi delicti*, ecc.; G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze*, Napoli, 1963, p. 172 ss.; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, p. 29; T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 189, che precisa come la "legge esclud[a] a priori che la disposizione circostanziale sia identificabile in rapporto al suo contenuto intrinseco"; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origini, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 563; D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 679, nota 61.

me da più parti evidenziato⁵, che tale distinzione conservi a tutt'oggi interesse in punto di *disciplina*, non solo *sostanziale* ma anche *processuale*, sebbene l'incessante susseguirsi di modifiche legislative abbia finito, non si sa con quale grado di consapevolezza, per mitigare i termini della contrapposizione con riguardo all'effetto che possiamo definire, senza esitazioni, *principale*.

1) Quando ci si occupa della rilevanza pratica dell'individuazione della natura giuridica della fattispecie, si prendono infatti inevitabilmente le mosse dal *giudizio di bilanciamento*, in quanto istituto, da un lato, qualificante ogni figura circostanziale e dall'altro estraneo agli elementi costitutivi, sottratti per definizione a qualsiasi forma di valutazione comparativa.

Che si tratti dell'effetto "essenziale" degli elementi "accidentali"⁶ è facilmente percepibile dalla sua stessa capacità di inficiare il ragionamento, registrandosi non di rado, nel procedimento di inquadramento di un elemento dalla dubbia collocazione, un'indebita sovrapposizione tra interpretazione e risultato che si intende conseguire, nel dichiarato intento di ovviare ad una conseguenza che, determinando in concreto la *scomparsa* di quella parte dell'addebito (poiché assorbito da un giudizio di prevalenza o equivalenza di concorrenti attenuanti), porterebbe con sé, quale logico corollario, un sostanziale ridimensionamento, per via ermeneutica, del disvalore di figure criminose in realtà tutt'altro che bagatellari.

A ben vedere, lo strumento attraverso il quale ci si assicura che quella fattispecie venga sottoposta ad un dosaggio sanzionatorio non "inquinato" dal bilanciamento viene elevato a vero e proprio criterio discrezionale e di regola identificato con la formula *intentio o ratio legis*, con la quale ci si riferisce a quell'opera di ricostruzione della volontà

⁵ Tra gli altri ancora G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p. 7; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, *Profili dogmatici*, Milano, 1988, p. 12; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 799; L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.*, 1974, p. 360; 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 *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1567.

⁶ Nella nozione "tradizionale", qui recepita, di elementi che non rilevano per l'esistenza del reato, che è stata tuttavia di recente oggetto di rivisitazione critica, essendosi al contrario osservato come le circostanze sarebbero elementi *estranei* al reato *semplice* ed *essenziali/costitutivi* di quello *circostanziato*, inteso come reato *diverso* ancorché *dipendente* dal reato base. Cfr., in tema, A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 646 ss.

del legislatore storico soprattutto in presenza di interventi novellistici che siano stati dettati da chiare finalità repressive (o, se si vuole, simbolico-espressive), come paradigmaticamente nel caso dell'art. 2 della L. 26 marzo 2001, n. 128, con cui, inaugurando un decennio fecondo di c.d. "pacchetti sicurezza", è stata introdotta la "nuova" fattispecie di furto in abitazione di cui all'art. 624 *bis* c.p.⁷.

Tuttavia, anche al di là della dubbia validità euristica di un criterio "geneticamente" contaminato dal risultato che si intende realizzare, è stato da più parti precisato come le apprezzabili ragioni di politica criminale che stanno alla base di certi interventi legislativi possano fare ingresso nel sistema soltanto se si traducono nell'*oggettiva volontà* della legge e non se rimangono confinate nelle *intenzioni* del legislatore, che debbono pur sempre confrontarsi con la tecnica di formulazione della fattispecie, senza trovare comunque valorizzazione anche a costo di manipolazioni esegetiche⁸.

⁷ Cfr., in questi termini, Sez. IV, 19 settembre 2006, n. 36603, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2814; Sez. IV, 27 aprile 2006, n. 14512, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 978; Sez. IV, 8 marzo 2005, Stojanovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 230970. Sulla natura di fattispecie autonoma v. anche Sez. V, 19 maggio 2011, n. 26259, in *Guida dir.*, 2011, n. 32, p. 92, che qualifica il furto in abitazione come "reato complesso, nella cui struttura sono presenti gli elementi costitutivi dei reati di furto e di violazione di domicilio".

⁸ Così Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, cit.; Sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2995. Nonché F. COPPI, *Appunti in tema di "malversazione a danno dello Stato" e di "truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche"*, in M.C. BASSIOUNI-A.R. LATAGLIATA-A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, Milano, 1991, I, p. 575 ss. E, recentemente, Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, in *Guida dir.*, 2015, n. 48, p. 68 ss., in tema di rilevanza penale, dopo l'entrata in vigore della L. n. 69/2015, della bancarotta impropria da reato societario, la quale ha considerato l'espunzione, dal testo degli artt. 2621 e 2622 c.c., dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*" una parziale *abolitio criminis* delle condotte che si sostanzino in un'attività "valutativa", perché un'interpretazione che faccia buona applicazione dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12 Disp. gen. non può trascurare le concrete modalità con le quali il legislatore è giunto alla tipizzazione del fatto e ad alla trasposizione della volontà in previsione normativa. Invoca pur sempre il canone esegetico della *voluntas legis* come "obiettivizzata" e "storicizzata" nel testo vigente, ma perviene alla soluzione opposta a quella propugnata dalla sentenza che precede, ritenendo che quella proposizione, avente natura meramente "concessiva", preceduta dalla congiunzione "ancorché", abbia finalità ancillare e soltanto esplicativa del nucleo sostanziale della proposizione principale e sia dunque ininfluenza in quanto superflua ai fini della ricostruzione del significato di quest'ultima, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, in *Guida dir.*, 2016, n. 7, p. 82 ss. Hanno, da ultimo, risolto il contrasto interpretativo le Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474 (in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016 con nota di DI PIVA, *Le Sezioni*

D'altra parte, il timore di un eccessivo clemenzialismo giudiziario, foriero di minimizzazioni del trattamento sanzionatorio ad onta delle scelte legislative, si è palesato nella sua attualità soltanto dopo la riforma del 1974⁹, perché prima il vero spartiacque, dal punto di vista della risposta punitiva, era tra circostanze *ordinarie*, da una parte, e circostanze *indipendenti* od *autonome* e reati-base, dall'altra¹⁰.

Fatte oggetto quest'ultime, assieme alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, del giudizio di bilanciamento, la distanza tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali si è svelata in tutta la sua concretezza, senza che tuttavia si inserisse in un contesto che fosse in grado di accoglierla.

Se quanto sin qui detto conserva intatti indubbi profili di verità, non ci si può tuttavia esimere da un'osservazione ulteriore, che può risultare utile a mitigare la "serietà" di un problema che, allo stato come sarà più chiaro nel prosieguo, appare ancora privo di soluzioni a carattere generale.

Da un lato, è opinione comune che la propensione a qualificare un elemento come circostanziale tenda a soddisfare esigenze *equitative* del trattamento sanzionatorio, temperandone il rigore, come evidente dal fatto che, se ricorrono soltanto circostanze attenuanti, esse vengono imputate per il mero fatto di esistere, dando senz'altro luogo ad una diminuzione di pena; se invece concorrono con circostanze aggravanti, l'esito del giudizio di valenza, ove sia riconosciuta la loro equivalenza, conduce all'elisione della portata degli elementi di segno contrario o addirittura ad una diminuzione di pena, ove risultino prevalenti.

All'opposto, la scelta per la natura costitutiva di un determinato elemento di fattispecie è per lo più funzionale a soddisfare esigenze *affittivo-preventive*, proprio perché, sottraendosi al giudizio di bilanciamento, esso, a condizione che sia soggettivamente riferibi-

unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali), optando per la rilevanza penale del c.d. falso valutativo. Sul tema, diffusamente, cfr., anche F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars intrapretandi*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2016; D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. Le questioni sul falso valutativo*, *ivi*, 4 luglio 2016; F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofilachia, la legalità ed il dialogo interdisciplinare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2790 ss.

⁹ Si tratta del D.L. 11 aprile 1974, n. 99.

¹⁰ In questo senso anche G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, *cit.*, p. 10.

le al soggetto, troverà *indefettibile* applicazione, sia pure con eventuali mitigazioni di pena derivanti dal concorso di circostanze attenuanti.

Nondimeno, l'insipienza del legislatore, incapace di approvare una riforma organica dei reati e delle pene, ha di fatto concorso ad attribuire all'interprete sin dal 1944¹¹ un ruolo di vera e propria supplezza politica, che si è concretizzato, almeno in un primo momento, in una progressiva "rimodulazione giudiziaria" dell'asprezza di cornici edittali di fattispecie di stampo autoritario di sempre più ardua armonizzazione con la Carta costituzionale. Sembra, infatti, che negli ultimi tempi si sia intrapreso un percorso diverso, scandito dalla necessità di assecondare istanze securitarie a connotazione *emotivo-emergenziale*, che hanno inciso profondamente anche sull'istituto delle circostanze, contribuendo, in qualche misura, ad un loro riavvicinamento, anche in punto di disciplina, agli elementi costitutivi.

È infatti a muovere dall'approvazione della L. 5 dicembre 2005, n. 251, a tutti nota come *ex Cirielli*, che si introducono significative deroghe al bilanciamento, agendo direttamente sull'art. 69 c.p., quando già in anni precedenti si era, a più riprese, provveduto a dar vita ad un modello c.d. di *blindatura* delle circostanze¹², che poi verrà riprodotto a tappeto dai c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009¹³.

Con la modifica dell'art. 69, comma 4, c.p., si è operato apponendo un *vincolo all'esito* del giudizio di comparazione tra recidiva

¹¹ Si fa riferimento al D.Lgs. 14 settembre 1944, n. 288, con cui vengono reintrodotti le circostanze attenuanti generiche.

¹² La prima circostanza blindata che si conosce si deve alla legislazione speciale antiterrorismo (art. 1, comma 1, D.L. 15 dicembre 1979, n. 62, recante "Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica"), modificata prima dalla L. di conversione 6 febbraio 1980, n. 15 e poi dalla L. 14 febbraio 2003, n. 34 di "Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 15 dicembre 1997, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno", e recita: "*Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 c.p., con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella originaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti*".

¹³ Più precisamente ci si riferisce al D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125 ed alla L. 15 luglio 2009, n. 94.

reiterata (e le circostanze inerenti alla persona del colpevole di cui agli artt. 111 e 112, comma 1, n. 4, c.p.) e le concorrenti attenuanti, che si sostanzia in una presunzione assoluta di commisurazione legale della pena, in forza della quale circostanze di segno opposto che concorrono con la circostanza (aggravante) *privilegiata* non possono spiegare i loro effetti attenuanti, anche qualora si tratti di circostanze ad *efficacia speciale*, potendo al più essere riconosciute come equivalenti ma giammai come prevalenti.

Tale meccanismo di blindatura, a differenza di quello più invalso e maggiormente utilizzato dal legislatore, non ha ad oggetto la *singola circostanza* ma il *giudizio di bilanciamento* stesso, di talché alla circostanza privilegiata si riconosce una forza *trainante* (solo *parziale*, rimanendo aperto ad una dichiarazione anche di equivalenza)¹⁴ di tutte le altre circostanze dello stesso segno, che pertanto troveranno applicazione non in ragione di una valutazione del giudice, ma per effetto di una previsione legislativa *astratta*, alla quale è di per sé estranea la concreta verifica dell'intensità disvaloriale delle circostanze in raffronto.

In termini significativamente differenti opera l'altra tecnica di blindatura, con la quale si accorda un privilegio ad una *singola circostanza*, che pertanto viene *esclusa* dal bilanciamento qualora venga astrattamente riconosciuta come equivalente o come subvalente rispetto alle circostanze di segno contrario, nelle ipotesi di blindatura c.d. a *base totale*¹⁵; soltanto se astrattamente riconosciuta come *soccombente*, nelle ipotesi di blindatura c.d. a *base parziale*, ove cioè si ammetta che possa essere ritenuta equivalente rispetto alle concorrenti circostanze eterogenee¹⁶. Queste ultime potranno spiegare i loro effetti soltanto una volta applicato l'aumento di pena indotto dall'aggravante privilegiata.

Mentre quest'ultimo meccanismo non sembra comportare particolari problemi, perché, con specifico riguardo a quell'elemento circostanziale, si sostanzia in una deroga al giudizio *sintetico* tipico del bilanciamento, traducendosi nel suo computo *aritmetico*,

¹⁴ Così si esprime, efficacemente L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Torino, 2014, pp. 371-372.

¹⁵ Ne sono esemplificazioni codicistiche le disposizioni di cui agli artt. 280, comma 5; 280 *bis*, comma 5; 590 *quater*, a seguito della L. 23 marzo 2016, n. 41, che ha introdotto i delitti di omicidio stradale (art. 589 *bis* c.p.) e di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590 *bis* c.p.); 602 *ter*, comma 10; 628, comma 4.

¹⁶ Per tali distinzioni e per i relativi approfondimenti si rinvia ad A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 68 ss.

per così dire, indefettibile, la blindatura che involge il giudizio di bilanciamento nel suo complesso, vincolandone gli esiti, non pare invece possa sottrarsi a censure di incostituzionalità, stante la radicale ed insanabile incompatibilità tra la presunzione assoluta di stampo legislativo e il giudizio comparativo su cui si fonda l'istituto del bilanciamento, con la conseguente impossibilità per il giudice di valutare i singoli elementi circostanzianti e dunque di assicurare una risposta punitiva che non sia affetta da irragionevole disparità di trattamento (tra recidivi e primari) e da sproporzione.

Tanto è vero quanto sin qui osservato che, non a caso, la Corte costituzionale, chiamata più volte negli ultimi anni a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., ha di recente provveduto a ridefinirne in parte i confini, ravvisando, tra le altre, una violazione del principio di proporzionalità della pena sotto il profilo dell'alterato equilibrio tra *offensività* e *colpevolezza* all'interno del fatto¹⁷ nei casi di concorrenza tra recidiva reiterata e attenuanti ad efficacia speciale¹⁸.

Infatti, se si tratta di attenuanti che incidono sull'*offesa*, come

¹⁷ In questi termini A. MICHAEL, *Profili di incostituzionalità dell'art. 69 c.p. con particolare riguardo ai rapporti tra recidiva e violenza sessuale di "minore gravità"*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2014, p. 17.

¹⁸ Si leggano, sul punto, le sentenze della Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1745, con nota di D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*; 14-18 aprile 2014, n. 105, in *Guida dir.*, 2014, n. 19, p. 79 e 14-18 aprile 2014, n. 106, *ivi*, p. 83, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità della pena, quest'ultimo modulato sul principio di offensività operante anche in fase commisurativa, dell'art. 69, comma 4, c.p., così come sostituito dall'art. 3, L. n. 251/2005, rispettivamente: a) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, T.U. n. 309/1990 (oggi trasformata, come avremo modo di precisare meglio, in *fattispecie autonoma* per effetto della L. 21 febbraio 2014, n. 10) sull'aggravante della recidiva reiterata (con il conseguente superamento in radice della questione relativa ad un possibile concorso tra circostanze); b) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sull'aggravante della recidiva reiterata; c) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609 *bis*, comma 3, c.p. sull'aggravante della recidiva reiterata. Nonché, da ultimo, la sentenza 21 giugno-7 luglio 2017, n. 205 (in *Guida dir.*, 2017, nn. 35-36, p. 36, con nota di G. AMATO, *Violati i principi di uguaglianza e proporzionalità*) sul divieto di prevalenza, sancito dall'art. 69, comma 4, c.p., della circostanza attenuante di cui all'art. 219, comma 3, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 sempre sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

fatto palese dal sensibile abbattimento della pena che discenderebbe dalla loro applicazione, una loro elisione dovuta all'effetto *trainante* della circostanza *privilegiata* comporterebbe, da un lato, il ritorno alla pena prevista dalla fattispecie base, incommensurabilmente distante da quella invece fissata per l'attenuante; e, dall'altro, un aumento assai maggiore rispetto a quello indotto dall'effetto primario della recidiva reiterata.

Come è facilmente comprensibile, si tratta di pronunce che, per quanto condivisibili nelle conclusioni rassegnate, non si spingono oltre le censure lì avanzate, limitandosi a ravvisare l'irragionevolezza del modello di blindatura del giudizio di bilanciamento per le conseguenze che ne deriva(va)no con riguardo a quelle *specifiche* ipotesi circostanziali, senza tuttavia assestare un colpo definitivo ad un sistema strutturalmente antinomico rispetto all'essenza del giudizio di valenza di cui all'art. 69 c.p.

In definitiva, nonostante taluni intoppi, si può dire che la portata innovativa dell'art. 69 c.p., fatta di vincoli e preclusioni, è stata nel suo complesso salvaguardata ed è pertanto con questo nuovo modello di bilanciamento che ci si deve confrontare, anche quando ci si interroga sulla natura circostanziale o costitutiva di un elemento della fattispecie.

Ciò che si intende rimarcare, all'esito di questa lunga digressione, è che, anche al di là della *petitio principii* in cui si incorre nel momento in cui si guarda all'effetto (evitare il giudizio di bilanciamento) quale mezzo di interpretazione anziché quale prodotto di un'attività ermeneutica condotta con metodo analitico-razionale scevro da aprioristici obiettivi da perseguire, il rischio che dalla qualificazione di un elemento come circostanza discenda la *neutrazionizzazione* di limiti edittali normativamente prescritti appare (paradossalmente?) contenuto proprio da questo articolato sistema di blindature, solo minimamente scalfito dagli interventi correttivi della Corte costituzionale.

Infatti, per un verso, le deroghe al bilanciamento aventi ad oggetto singole circostanze riferibili ad ipotesi di reato particolarmente gravi, per le quali istanze di prevenzione generale suggeriscono di garantire quell'inasprimento sanzionatorio che avrebbe potuto essere vanificato dall'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, da anni pervadono il sistema, in una sorta di gradazione crescente che non accenna ad arrestarsi, senza che peraltro siano stati sin qui avanzati dubbi su possibili torsioni delle relative disposizioni che le contengono con principi di rango costituzionale.

Per l'altro, la limitazione apposta al giudizio di bilanciamento in quanto tale, fatta salva l'ipotesi di una sua prossima caducazione a seguito di una decisione più *tranchant* del giudice delle leggi, assicura, tramite il viatico della recidiva reiterata¹⁹, *quanto meno* la paralisi degli effetti mitigatori delle concorrenti attenuanti per *qualsiasi ipotesi* di reato e non soltanto per quelle a cui tende a riconnettersi un particolare allarme sociale, a condizione che quel fatto risulti realizzato da una "speciale" categoria di soggetti²⁰.

Stando così le cose, possiamo concludere dicendo che *certi* elementi circostanziali, in quanto accessori rispetto a reati di particolare gravità, ovvero *tutte* le possibili circostanze ricorrenti nello specifico caso concreto, in quanto "beneficarie" dell'effetto *trainante* del privilegio accordato alla recidiva reiterata, assumono sembianze non dissimili dagli elementi costitutivi, con i quali sembrano condividere una sorta di *indefettibilità* nell'applicazione.

2) Un altro tratto differenziante di disciplina tra circostanze (aggravanti) ed elementi costitutivi tradizionalmente evocato è quello relativo al *regime di imputazione*, essendo sufficiente, ai fini dell'addebito di una circostanza aggravante, la sussistenza della *colpa*, mentre, ove ci si trovi dinanzi ad un elemento costitutivo, la regola, sancita dall'art. 42, comma 2, c.p., è quella dell'imputazione a titolo di *dolo*, salva espressa previsione della colpa. Il che si traduce, sul piano applicativo, in un affievolimento del principio di colpevolezza, perché si finisce per imputare all'autore di un reato doloso elementi circostanziali ancorché sorretti da un atteggiamento soltanto colposo.

3) Una lineare *actio finium regundorum* tra aggravanti ed elementi costitutivi assume un certo rilievo anche ai fini del computo del tempo necessario alla *prescrizione* del reato, poiché, ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p., così come novellato dalla c.d. *ex Ciriel-*

¹⁹ Ovviamente qualora riconosciuta sussistente nel caso di specie in quanto si consideri il "nuovo episodio delittuoso concretamente significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo", dovendosi ritenere la recidiva reiterata come *facoltativa*. Cfr. Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4037.

²⁰ Ne sottolineano l'*eterogeneità* rispetto alla limitazione *oggettiva* apposta dalle deroghe aventi ad oggetto le singole circostanze, con le ulteriori perplessità derivanti dalla necessità di far convivere una siffatta "eccezione soggettiva" nel contesto di un diritto penale del *fatto* e non dell'*autore*: F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 5011 ss.; G. CARUSO, *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., IV, Torino, 2008, p. 1048 ss.

li, le aggravanti ad *effetto comune* non debbono più essere considerate ai fini della individuazione del termine di prescrizione. Il che significa, in altre parole, che, se la fattispecie “dubbia” è (soltanto) *circostanziale*, il giudice dovrà riferirsi, ai fini del predetto calcolo, esclusivamente al massimo edittale previsto per la pena del reato-base; al contrario, se detta fattispecie dal controverso inquadramento è un reato *autonomo*, il giudice, per determinare il tempo di prescrizione, dovrà necessariamente prendere in considerazione la pena ivi prevista.

L'espressa previsione dell'incidenza sulla disciplina della prescrizione delle aggravanti c.d. *autonome* e di quelle ad *effetto speciale* svuota di significato, almeno a questi fini, la questione circa la corretta classificazione del dato normativo “ambiguo”, perché, che si tratti effettivamente di un'aggravante o piuttosto di un elemento costitutivo di una fattispecie autonoma, il giudice dovrà in ogni caso avere riguardo alla pena ivi stabilita.

Essendo tali disposizioni riprodotte anche in ambito processuale, per quanto attiene in particolare alla individuazione del giudice competente per materia (art. 4 c.p.p.), alla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure precautelari dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto (art. 379 c.p.p.) e delle misure cautelari personali (art. 278 c.p.p.), il ragionamento è identico a quello testé prospettato e può pertanto essere riproposto negli stessi termini.

4) La soluzione del problema di una chiara identificazione tra reato circostanziato e reato autonomo è essenziale anche ai fini dell'applicazione del principio di *territorialità*, che governa, come noto, l'efficacia della legge penale nello spazio, potendo esservi punibilità secondo la legge italiana di un fatto, sia pure per lo più realizzato all'estero, quando si accerti la commissione nel territorio italiano dell'azione o omissione o anche solo di una parte di essa, ovvero dell'evento, ma non anche di una “semplice” circostanza. Pertanto, la qualificazione di quell'elemento come accessorio rispetto ad un reato commesso all'estero ne escluderà la punibilità secondo la legge italiana.

5) Se, aderendo all'opinione prevalente, senz'altro preferibile²¹, si riserva ai soli elementi costitutivi la capacità di incidere sul momento consumativo del reato, per individuare il *tempus commissi delicti* e, di conseguenza, il *dies a quo* del termine di prescri-

²¹ Sui termini del dibattito si veda, per tutti, R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 15.

zione, sarà necessario, in via preliminare, chiarire se si tratti effettivamente di elemento tipico di un'autonoma figura criminosa o piuttosto di una circostanza.

6) Effetti "minori", sempre da un punto di vista *sostanziale*, della distinzione emergono anche in tema di:

a) *concorso di persone nel reato*, essendo riservata alle sole circostanze la disciplina prevista dall'art. 118 c.p., secondo la quale le aggravanti si comunicano ai concorrenti, purché da questi conosciute o conoscibili (art. 59 c.p.), con la sola eccezione delle circostanze c.d. *strettamente personali*, quali quelle concernenti i *motivi a delinquere*, *l'intensità del dolo*, *il grado della colpa* o che siano *inerenti alla persona del colpevole*, che trovano applicazione esclusivamente nei confronti della persona a cui si riferiscono.

Al contrario, se si ritiene che l'elemento sulla cui estensibilità ai concorrenti ci si interroga descriva un *reato autonomo*, allora esso potrà essere addebitato al concorrente alle condizioni poste dall'art. 116 c.p. (per vero molto simili a quelle dell'art. 59 c.p., soprattutto se intesa la prevedibilità *in concreto* e non già *in astratto*, come invece sostenuto da una oramai risalente sentenza della Corte costituzionale)²² o, in caso di mutamento nella qualificazione giuridica del fatto, dall'art. 117 c.p. e, dunque, a titolo di mera responsabilità *oggettiva*;

b) *rilevanza del tentativo*, nella sola ipotesi in cui, una volta attribuita all'elemento di incerta qualificazione la natura di circostanza, si ritenga inconfigurabile il *tentativo di delitto circostanziato*, in base all'assunto, per il vero tutt'altro che condiviso²³, secon-

²² Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *Arch. pen.*, 1965, II, c. 430. Per la rilevanza, da un punto di vista pratico-applicativo, della distinzione tra prevedibilità *in astratto* e prevedibilità *in concreto*, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2017, p. 530 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014, p. 543; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 505; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Le forme del reato*, Torino, 2013, p. 158 ss.

²³ Ne ammette la sussistenza la prevalente giurisprudenza, che ha da sempre valorizzato, a sostegno dell'opinione positiva, la formulazione testuale dell'art. 56 c.p., ove, facendosi riferimento al solo "delitto" senza ulteriori specificazioni, vi si ricomprenderebbero tanto il delitto *semplice* quanto quello *circostanziato*, con la sola esclusione delle circostanze, siano esse aggravanti o attenuanti, che postulano un'attività esecutiva almeno parzialmente realizzata e quelle che presuppongono l'avvenuta consumazione del reato con la verifica dell'evento. Fatta eccezione per tali ipotesi, siccome anche le circostanze non realizzate "contribuiscono ad integrare ed a caratterizzare il proposito criminoso" non vi sarebbero ostacoli, circa il rispetto del principio di legalità,

do cui soltanto le circostanze concretamente realizzatesi e non anche quelle meramente tentate potrebbero spiegare i loro effetti nel nostro ordinamento.

Anche da un punto di vista *processuale*, oltre a quanto già osservato circa i riflessi del diverso inquadramento tra elemento costitutivo e circostanza sulla competenza per materia e sull'applicazione delle misure precautelari e cautelari, non vi è perfetta coincidenza di disciplina neppure con riguardo alla contestazione, poiché se è vero che anche le circostanze aggravanti debbono essere oggetto di puntuale enunciazione, unitamente al fatto di reato nei suoi elementi strutturali, nella richiesta di rinvio a giudizio (art. 417, lett. b), c.p.p.) o nel decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552, lett. c), c.p.p.), lo è altrettanto che, qualora nel corso dell'udienza preliminare o dell'istruttoria dibattimentale, emerga un fatto nuovo, si dovrà procedere nelle forme ordinarie, fatta salva la possibilità di una contestazione in udienza una volta acquisito il consenso dell'imputato presente (art. 518 c.p.p.).

Ebbene, al di là della difficoltà di un'esatta individuazione dei rispettivi ambiti di operatività rispetto al "fatto diverso", ciò che non è revocabile in dubbio è che, per aversi "fatto nuovo", è necessario assistere ad una trasformazione radicale della fattispecie concreta nei suoi *elementi essenziali* e giammai in quelli accessori, ai quali potrà applicarsi al più l'art. 517 c.p., nell'ipotesi in cui, in sede di udienza preliminare o dibattimentale, prenda forma una circostanza aggravante estranea all'imputazione originaria.

2. La "gerarchizzazione" dei criteri solutori: gli indici di stampo formale

Il quadro sin qui delineato appare piuttosto chiaro: persiste a tutt'oggi, nonostante gli sforzi profusi negli anni e le plurime solle-

nell'ammettere la figura del *delitto circostanziato tentato*. Così, da ultimo, Sez. un., 28 marzo 2013, n. 28243, in *C.E.D. Cass.*, n. 255528 (in tema di compatibilità tra tentativo ed attenuante comune del danno di speciale tenuità); nonché Sez. I, 7 marzo 2014, n. 18136, in *www.iusexplorer.it/dejure*; Sez. II, 22 maggio 2009, n. 39837, in *C.E.D. Cass.*, n. 245258; Sez. V, 24 gennaio 2006, n. 16313, *ivi*, n. 234424; Sez. IV, 17 gennaio 1989, Lamusta, *ivi*, n. 180846; Sez. I, 16 dicembre 1987, Nugnes, in *Cass. pen.*, 1989, p. 200; Sez. I, 3 marzo 1986, Oliva, in *C.E.D. Cass.*, n. 172378; Sez. I, 10 ottobre 1977, Mura, in *Cass. pen.*, 1979, p. 53; Sez. II, 5 luglio 1976, Serrone, in *C.E.D. Cass.*, n. 135275; Sez. I, 9 novembre 1971, De Colombi, in *Cass. pen.*, 1973, p. 228.

citazioni rivolte al legislatore affinché ponesse mano una volta per tutte ad una questione altrimenti irrisolvibile, un'assoluta *vacatio* di appigli normativi che, accompagnandosi all'assenza – questa sì insuperabile – di qualsiasi tratto differenziale sul piano *ontologico-qualitativo*, disarmi l'interprete, chiamato a confrontarsi con fattispecie, come quella in esame, nelle quali *più* criteri di diversa natura ma di peso sostanzialmente equivalente, fornendo indicazioni tra loro divergenti, tendono ad elidersi, privandolo di fatto di ogni parametro di riferimento.

Prima di addentrarsi nella puntuale disamina della pluralità di criteri euristici individuati o individuabili con l'obiettivo di dare risposta all'interrogativo che ci siamo posti, va segnalato come, già da prima della pronuncia delle Sezioni unite, essi siano stati ricostruiti seguendo un indice "gerarchico", variamente rappresentato ricorrendo a formule diverse, quale quella tra 'probanti' ed 'indizianti', tra 'forti' e 'deboli', 'risolutivi' e 'non produttori', che se da un lato può assolvere ad una non trascurabile funzione selettiva, dall'altro non conduce, a nostro avviso, di per sé ad una soluzione per tre ordini di ragioni:

a) anzitutto perché la stessa idea di una *gerarchizzazione* dei criteri soggiace ad un *relativismo*, che ne riduce sensibilmente l'impatto, non profilandosi una "scala" di indici unanimemente condivisa attorno a cui costruire la soluzione;

b) poi perché, siccome di regola si assiste alla *convergenza* di più criteri tra loro in antitesi rispetto alla conclusione che tendono ad assicurare, manca ogni parametro a cui fare utile riferimento nella formulazione di un giudizio di "bilanciamento". Anche una volta precisato che pare trattarsi di un giudizio di *valore* e non di *quantità* e che dunque l'interprete non debba orientarsi per una soluzione o per l'altra a seconda del *numero* dei criteri ad essa favorevoli ma del *rilievo* che essi assumono nell'ambito dell'ordine gerarchico prestabilito, ciò che resta comunque indefinito è il modo con il quale assegnare la prevalenza all'uno o all'altro tra criteri divergenti, sia pure assunti, in linea di principio, come probanti o risolutivi;

c) infine, anche da un punto di vista, per così dire, "empirico", è agevole constatare l'estrema *fragilità* di un approccio "generalizzante" ancorché proveniente dal massimo consesso della Suprema Corte, in quanto disatteso già a partire dall'anno immediatamente successivo a quello della sua enunciazione²⁴, quasi che si volesse

²⁴ Cfr. Sez. III, 13 novembre 2003, n. 3348, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1278 in tema di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609 *octies* c.p.

veicolare il messaggio che la materia in oggetto si presti esclusivamente ad una soluzione del “caso per caso” e che l’efficacia di fatto “vincolante” dei pronunciamenti delle Sezioni unite potrebbe essere apprezzata soltanto *all’interno* di ciascuna delle fattispecie “anfibia” e non anche al di fuori di esse. Un messaggio, per la verità, contraddittorio rispetto alla tendenziale aspirazione ad acquisire criteri solutori dalla portata applicativa *unitaria*, che supplisca alle incertezze di approcci a vocazione meramente particolaristica (basti pensare in proposito alle “acquisizioni” oramai diffuse in contesti simili a quello in esame, come ad esempio in tema di successione di leggi nel tempo o di concorso apparente di norme).

Ciò chiarito, appare opportuno ripercorrere lo stato dell’arte, prestando particolare attenzione a quegli indici che, ricorrendo nel caso che ci occupa, potrebbero rivelarsi idonei a sciogliere il dubbio circa la natura ‘circostanziale’ o ‘autonoma’ della fattispecie di corruzione in atti giudiziari rispetto a quella di corruzione “ordinaria”.

Non rientra senz’altro nel novero dei criteri ma delle *precondizioni*, ovvero dei presupposti in assenza dei quali non sorge neppure il problema della qualificazione in termini di circostanza o di reato autonomo, il rapporto di *specialità unilaterale*, sia esso per *specificazione* che per *aggiunta*²⁵, che deve necessariamente intercorrere tra le due ipotesi a confronto, perché, ove si tratti di fattispecie in rapporto di *eterogeneità* o di *incompatibilità*²⁶, non vi sarebbe ragione alcuna per porsi un interrogativo del genere, non potendosi in nessun caso parlare di circostanza e dovendosi pertanto prendere atto che ricorrano soltanto titoli autonomi di reato.

A questo proposito nessuno dubita che la corruzione in atti giudiziari sia in rapporto di *specialità*, in parte per *specificazione* ed in parte per *aggiunta* rispetto alla corruzione *tout court*²⁷, ravvisandosi gli elementi specializzanti: a) nella *qualifica* del *soggetto attivo*,

²⁵ Anche se sul punto avremo modo di tornare tra breve, non essendo mancato chi ha ritenuto di assegnare alla variante “per aggiunta” un significato peculiare, che dovrebbe orientare nel senso di escludere in partenza che quella fattispecie sia circostanziale.

²⁶ Per queste nozioni si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 465; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis: specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 188 ss.

²⁷ Appare sufficiente, ai fini del prosieguo del ragionamento, evocare quale fattispecie “generale” la corruzione genericamente intesa, senza soffermarsi qui, come viceversa faremo procedendo innanzi nella trattazione, sugli effetti della riformulazione dell’art. 318 c.p. ad opera della c.d. Legge Severino.

giacché il fatto che, quanto meno per l'opinione largamente prevalente, la categoria degli *intranei* sia sensibilmente circoscritta, restandone esclusi sia gli incaricati di pubblico servizio che i pubblici ufficiali non esercenti funzioni, anche *lato sensu*, giudiziarie, rende la norma, in *parte qua*, speciale per *specificazione* rispetto all'art. 318 c.p., oramai divenuto fattispecie a carattere *generale* a seguito della riformulazione attuata dalla Legge Severino²⁸; b) nella presenza del dolo specifico di "*favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo*", che, essendo elemento estraneo alla struttura delle fattispecie generali, identifica un ulteriore profilo di specialità, anche se questa volta per *aggiunta*.

Richiamando le partizioni classificatorie a cui ricorrono le Sezioni unite per stabilire se la truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche sia o meno una circostanza aggravante del delitto di truffa di cui all'art. 640 c.p., paramtrate sulla *natura* del criterio invocato più che sulla sua *efficacia*, è agevole constatare come, nel caso che ci occupa, potrebbero assumere decisivo rilievo due indici di natura *formale*, i quali, ponendo l'accento sulla tecnica legislativa *lato sensu* intesa, assegnano significato all'attribuzione alla fattispecie dubbia di un apposito *nomen iuris*, da un lato, ed alla sua *collocazione* in un distinto articolo, dall'altro²⁹.

Più precisamente ed analizzando i due criteri separatamente, il fatto che, per identificare quella determinata norma, si sia sentita la necessità di elargirle un'autonoma denominazione farebbe propendere per l'idea che ci si trovi dinanzi ad un autonomo titolo di

²⁸ Sul punto torneremo diffusamente al cap. III.

²⁹ Ancorché a più riprese invocato (cfr. per tutti, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Padova, 2013, p. 770, che richiama tanto la Relazione del Ministro Martinazzoli al disegno di L. 22 aprile 1985, n. 2844, quanto la Relazione del Ministro Vassalli al disegno di L. n. 2241, presentato il 7 marzo 1988 alla Camera dei Deputati), il criterio delle *intenzioni* del legislatore storico, come già osservato, può svolgere, a nostro avviso, un ruolo meramente "sussidiario", a sostegno di una ricostruzione che poggi su ben più solide fondamenta, senza dimenticare che le indicazioni provenienti dalle relazioni governative o dai lavori parlamentari non vanno oltre le mere "suggerzioni", se non trovano coerente riscontro in una formulazione della norma che mostri di averle in qualche modo recepite. Nello stesso senso, Sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, cit., secondo cui si può ricorrere all'individuazione della *mens legis* ove il senso letterale delle parole non sia di univoca e chiara interpretazione, ma sempre nel rispetto del principio ermeneutico per cui la norma, una volta entrata in vigore, vive di *vita autonoma* rispetto alle intenzioni di chi l'ha posta in essere.

reato, come peraltro confermato dai convergenti esiti di una verifica, a controprova, a carattere sistematico.

Si fanno, in particolare, gli esempi delle lesioni prodotte a seguito di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.) rispetto alle lesioni personali “comuni” disciplinate dall’art. 582 c.p. o dell’infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale di cui all’art. 578 c.p. rispetto all’omicidio volontario previsto dall’art. 575 c.p.³⁰.

A nostro avviso, si tratta di considerazioni solo in parte condivisibili, che meritano talune, essenziali, precisazioni.

Anzitutto, per quanto si orbiti comunque nel contesto di indicazioni aventi natura prettamente formale, non pare irrilevante distinguere tra l’ipotesi in cui il *nomen iuris* compaia soltanto nella rubrica e l’ipotesi in cui esso venga riprodotto anche nel corpo della norma, perché, alla stessa stregua di quanto accade quando è il lemma circostanza ad essere contenuto nella rubrica³¹, siffatti indici non riescono a sottrarsi all’obiezione sintetizzata dal brocardo *rubrica legis non est lex*, che esprime plasticamente l’incapacità di questa e di ciò che le appartiene di vincolare l’interprete nella sua attività ermeneutica³². E ciò proprio in forza di una ragione pur sempre di stampo formalistico ma non certo priva di fondamento, non potendosi difatti trascurare la differenza, per chi si accinga a ricostruire la *voluntas legis*, tra quello che è parte integrante del *precetto primario* e quello che ad esso è viceversa estraneo.

Applicando il ragionamento al caso che ci occupa, appare suffi-

³⁰ Per la rilevanza, sia pure quale criterio ‘debole’, del distinto *nomen iuris* e per le esemplificazioni a sostegno della sua efficacia ‘indiziaria’ v. per tutti F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., p. 1580; nonché R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 60. In giurisprudenza, in tema di 319 *ter* c.p., cfr. Sez. VI, 24 marzo 2007, n. 12409, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1647, annotata da S. BONINI, *Sulla configurabilità di un tentativo di corruzione in atti giudiziari e altre questioni relative all’art. 319 ter c.p.*

³¹ Come per le rubriche degli artt. 311, 319 *bis*, 323 *bis*, 339, 375, 425, 456, 474 *ter* e *quater*, 510, 517 *quinquies*, 576, 577, 583, 585, 600 *septies* 1, 602 *ter*, 609 *ter*, 609 *duodecies*, 625, 680 e 719.

³² Di contrario avviso, nel senso cioè di una rivalutazione della portata indiziante della *rubrica*, in un sistema come il nostro improntato al principio di legalità formale e nel quale rubrica e testo provengono di regola dalla stessa fonte, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 59, Milano, 2004, p. 637; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 463; M. PELISSERO, *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 346; P. PIRAS, *L’imputazione delle circostanze aggravanti*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3439.

ciente constatare come non si rinvenga traccia alcuna del *nomen iuris* ‘corruzione in atti giudiziari’ nel *testo* della norma.

Ma a ben vedere, e valicando i confini di una riflessione ancorata al solo dato formale, ad una distinta denominazione giuridica si tende a riconoscere un significato non esclusivamente “periferico”, come tale inidoneo a guidare l’interprete nel difficile compito che è chiamato ad assolvere, soltanto quando essa si coniughi con una “compiuta ed esaustiva descrizione della fattispecie tipica”³³, perché in tal caso il legislatore darebbe segno di considerare quella fattispecie speciale non come semplicemente *accessoria*, bensì capace di effetti autonomi, non trovando altrimenti spiegazione l’attribuzione di un apposito *nomen iuris* nel contesto di una norma strutturata in modo diverso ed originale rispetto alla fattispecie generale, se non la sua sostanziale superfluità.

È in questa prospettiva che si comprende la ragione per cui certe disposizioni vengano pacificamente ascritte tra le fattispecie autonome, come, per l’appunto, i già richiamati delitti di infanticidio o di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili; non tanto o, meglio, non proprio perché identificabili con un *nomen iuris* diverso da quello della fattispecie di riferimento, quanto ed in particolare per la *combinazione* tra il dato formale e la tecnica di tipizzazione del fatto utilizzata dal legislatore.

Tuttavia, se le cose stanno in questi termini, è sin troppo evidente come si sia gradualmente consumato il passaggio da un criterio meramente formale ad uno di tipo *strutturale*, che si fonda giustappunto sulle *modalità di descrizione* degli elementi costitutivi della fattispecie ed al quale le Sezioni unite Fedi, più volte richiamate, si affidano per dare risposta al problematico quesito che era stato loro sottoposto.

L’assoluta centralità, sia su un piano di carattere generale che nell’ambito della fattispecie di riferimento, dello specifico profilo evocato ai fini della soluzione che andiamo cercando, ci suggerisce di limitarci, per adesso, a questo cenno fugace, riservandoci un’analisi più approfondita al momento in cui ci occuperemo dei criteri di tipo *sostanziale*.

L’altro parametro a connotazione formale di sovente invocato per trarre spunti a favore della qualificazione di una determinata fattispecie è quello, come dicevamo, della sua *collocazione topografica*, desumendosi la sua essenza di circostanza dall’essere contemplata nel *medesimo* articolo che descrive il reato-base e la sua natu-

³³ In questi termini già T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 196.

ra di titolo autonomo di reato dall'essere prevista in un *separato* articolo.

Si registra tuttavia un sostanziale accordo³⁴ nell'assegnare a detto criterio una valenza *meramente indiziante*, se non addirittura di pura "suggerione"³⁵, se non altro perché smentito a più riprese³⁶, come comprovato dalla frequenza dei casi nei quali i termini dell'equazione si invertono, avendosi circostanze "ospitate" in disposizioni *ad hoc*³⁷ ed autonomi titoli di reato inseriti all'interno dello stesso articolo che contiene altro reato³⁸.

³⁴ Con qualche eccezione di fonte prevalentemente giurisprudenziale: si legga sul punto Sez. II, 9 novembre 1998, De Vita ed altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2545, che optava per la tesi della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche come *reato autonomo*, in ragione, tra l'altro, della "enucleazione della tipologia del fatto incriminato nell'ambito di una norma specifica, mentre una circostanza aggravante sarebbe stata più sistematicamente collocata nell'ambito dell'art. 640, comma 2, n. 1".

³⁵ Così si ritiene di intendere l'inciso 'criterio debole, anzi debolissimo', con il quale viene etichettato da F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., p. 1581. Parla di "limitatissimo argomento interpretativo", che si fonda più che altro sul "pregiudizio, in base al quale l'accessorietà logico-giuridica della circostanza dovrebbe estrinsecarsi in una contestualità di previsione con l'ipotesi-base", senza che tuttavia ciò possa elevarsi ad "affidabile criterio, normativamente dedotto", R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., pp. 61-62.

³⁶ Come osservato dai più ed *in primis* dalle stesse Sezioni unite Fedi, "costrette" a confrontarsi direttamente con tale criterio che, se valorizzato, avrebbe condotto alla soluzione opposta a quella poi accolta, stante la "autonoma" collocazione dell'art. 640 *bis* c.p. rispetto all'art. 640 c.p. Sebbene non scalfisca la fondatezza delle obiezioni lì sollevate sulla fragilità delle indicazioni promananti dalla sistemazione della fattispecie in un articolo piuttosto che in un altro, appare senz'altro condivisibile il rilievo critico formulato da R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziantе?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 307, circa l'inadeguatezza del richiamo, a sostegno dell'affermazione dell'esistenza nel sistema di fattispecie autonome seppur contenute nel medesimo articolo di altre, delle forme *colpose* di delitti *dolosi*, perché in quel caso la natura di circostanze del reato non viene neppure in discussione, non essendosi avverata la *precondizione* necessaria affinché quella fattispecie possa considerarsi problematica. Si tratta infatti di norme non già in rapporto di specialità, sia essa per specificazione o per aggiunta, bensì in rapporto di *incompatibilità*, ragione per cui non potrebbero essere altro che autonomi titoli di reato, senza alternative possibili.

³⁷ Si pensi agli artt. 311, 319 *bis*, 323 *bis*, 576, 577, 583, 625 c.p.

³⁸ Così, rimanendo all'interno del codice penale, nei casi di cui agli artt. 251, comma 2, 403, comma 2, 583 *bis*, comma 2, 600 *bis*, comma 2, c.p., senza considerare le numerose fattispecie c.d. *plurime* contenute in molte leggi speciali. A quest'ultimo proposito, il problema si è di recente riproposto con ri-

Come è stato puntualmente osservato³⁹, affidarsi ad un siffatto criterio, associandolo alla manifestazione di una scelta del legislatore, significherebbe muovere dall'idea di agire all'interno di un sistema ordinato, nel quale convivono perizia tecnica nella redazione delle norme ed uniformità di politiche criminali perseguite. Essendo viceversa il nostro codice, nella oramai disperante attesa di una riforma organica che non accenna a prendere forma, il risultato di aggiustamenti settoriali, di interpolazioni derivanti da un costante stato emergenziale, di tagli indotti da irreversibili mutamenti ideologici, non si presta senz'altro a fungere da terreno sul quale far germogliare istanze classificatorie così gravide di risvolti pratici.

Sebbene quanto sin qui detto appaia insuperabile, quando da considerazioni di carattere generale si passa ad una più puntuale verifica del caso concreto, ci si accorge che qui anche la collocazione topografica è stata oggetto di modifica rispetto al passato, perché, con l'entrata in vigore della L. 26 aprile 1990, n. 86, la corruzione in atti giudiziari non si è soltanto vista attribuire un apposito *nomen iuris*, ma è altresì migrata dal comma 2 dell'art. 319 c.p., ove si trovava, al nuovo art. 319 *ter* c.p., ove è ad oggi sistemata.

Non si vuole certo sostenere che il dato sia decisivo ai fini dell'individuazione della natura giuridica della fattispecie; ma non si può neppure trascurare che, se di regola si tratta di criterio poco esplicitativo ai limiti dell'irrilevanza, nello specifico contesto della corruzione in atti giudiziari potrebbe in effetti racchiudere in sé i segnali di una *inversione di tendenza* rispetto al passato, quando nessuno dubitava che si trattasse di una semplice circostanza.

Concludendo sul punto, l'analisi dei criteri di natura *formale* ci consegna un primo dato, per lo condiviso⁴⁰, in origine di rara veri-

guardo all'art. 73, comma 5, T.U. 9 ottobre 1990, n. 309, così come di recente riformulato dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10, che, pur avendo, almeno secondo una prima ma concorde opinione, mutato la sua natura da circostanza a titolo autonomo di reato, ha comunque conservato la sua primigenia collocazione all'interno della fattispecie a carattere generale.

³⁹ Ancora F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., p. 1581.

⁴⁰ Si tratta di opinione assolutamente dominante, rispetto alla quale si contano soltanto sparute voci dissenzienti. Tra i molti, che auspicherebbero, in una prospettiva *de lege ferenda*, il ricorso sistematico da parte del legislatore allo strumento della denominazione espressa delle singole circostanze cfr. G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., p. 16; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, cit., p. 33; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 461 ss.; T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 195; L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, cit., p. 378; A. CADOPPI, *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti al*

ficazione ma negli ultimi tempi sempre più ricorrente⁴¹: soltanto alla qualificazione espressa come “circostanza” contenuta nel *testo* della norma può riconoscersi efficacia *vincolante*, presentandosi come indice risolutivo o probante della corretta ascrizione della fattispecie problematica tra gli elementi accidentali del reato, stante l’indiscusso primato, nell’ambito dell’attività ermeneutica, dell’interpretazione *letterale*⁴², ai cui risultati non ci si può che uniformare,

vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari, in *Giur. merito*, 1985, p. 662; F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., p. 1571. Non concorda con tale impostazione A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 731 ss.

⁴¹ L’espressa qualificazione come *circostanza* o come *aggravante* ricorre negli artt. 280, comma 5, con riferimento alle fattispecie di cui ai commi 2 e 4; 280 *bis*, comma 5, con riferimento alle fattispecie di cui ai commi 3 e 4; 590 *bis*, con riferimento alle fattispecie di cui al comma 3 dell’art. 589 e comma 3 ultimo periodo dell’art. 590; 600 *septies*, con riferimento alle fattispecie di cui all’art. 609 *ter*, comma 1, nn. 1, 5 e 5 *bis*; 615 *quater*, comma 2, con riferimento alle fattispecie di cui ai nn. 1 e 2 dell’art. 617 *quater*, comma 4; 624 *bis*, comma 3, e 625, comma 2, con riferimento alle fattispecie di cui all’art. 625, comma 1; 628, comma 4, con riferimento alle fattispecie di cui al comma 3, nn. 3, 3 *bis*, 3 *ter* e 3 *quater*; 635 *bis*, comma 2, 635 *ter*, comma 3, 635 *quater*, comma 2 e 635 *quinquies*, comma 3, con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 635, comma 2, n. 1; 640, comma 3, con riferimento alle fattispecie di cui al comma 2; 640 *ter*, comma 2, con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 640, comma 2, n. 1; 640 *ter*, comma 4, con riferimento alle fattispecie di cui ai commi 2 e 3; 646, comma 3, con riferimento alla fattispecie di cui al comma 2 e 700, con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 680.

⁴² Particolarmente esplicitivo in proposito è un passaggio della sentenza delle Sezioni unite Mills già citata, nel quale si precisa come il metodo per la corretta interpretazione di una fattispecie si sostanzia in un’indagine che abbia ad oggetto, in via *primaria* (ed *esclusiva* se univoco), il significato *lessicale* della disposizione scrutinata. Critico sul punto V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 955 ss., che, proprio avendo riguardo alla soluzione propugnata dalle citate Sezioni unite, considera l’espresso richiamo al criterio esegetico-letterale una “apparente copertura formale” a quello che, ad avviso dell’Autore, rappresenta a tutti gli effetti un “autentico *eccesso di potere ermeneutico*”. Più in generale, sul complesso tema dei difficili rapporti tra dimensione testuale della norma penale, tipicità e fattori di contesto, v., tra gli altri, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo della giurisprudenza*, Padova, 1997, p. 1 ss.; ID., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, p. 17 ss.; F.C. PALAZZO, *Regole e prassi nell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L’interpretazione del giurista*, Padova, 2003, p. 554; ID., *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di),

almeno sino a quando non intervenga il legislatore a modificarne il contenuto o, se del caso, la Corte costituzionale a “manipolarne” il significato.

Per completezza, va ulteriormente precisato come risulti assai più problematico pervenire alla stessa conclusione nelle ipotesi in cui ci si confronti con il *simmetrico contrario*⁴³, ovvero quando la qualificazione espressa, anziché consistere nell’uso del termine “circostanza”, si sostanzia nel ricorso a formule quali “delitto” o “reato”, contenute nell’articolo di legge che prevede la fattispecie dalla natura giuridica ambigua⁴⁴ o, come spesso accade, in norme di *disciplina* che a questa facciano rinvio⁴⁵ o ancora in norme che a quest’ultima siano legate da qualche relazione di tipo strutturale⁴⁶.

Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, cit., p. 526 ss.; Id., *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.penalcontemporaneo.it, 13 gennaio 2016; M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 34 ss.; D. PULITANO, *Sull’interpretazione e gli interpreti*, *ivi*, cit., p. 664; W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 172 ss.; Id., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 73 ss.; O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. E, da ultimo, G. INSOLERA, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in www.penalcontemporaneo.it, 18 novembre 2013, p. 4 ss.

⁴³ Affronta la questione, per lo più trascurata da dottrina e giurisprudenza, F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., pp. 1572-1573.

⁴⁴ Come ad esempio nell’art. 624 *bis*, comma 3, c.p., il quale testualmente recita: “La pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da euro 206 a euro 1549 se il reato è aggravato da una o più delle circostanze previste dal primo comma dell’art. 625 o se ricorre una o più delle circostanze indicate all’art. 61”.

⁴⁵ Così di recente la già richiamata L. n. 10/2014, con cui si è data conversione al D.L. 23 dicembre 2013, recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” che, per effetto dei commi 1 *bis* e 1 *ter* dell’art. 2, ha novellato anche le disposizioni *processuali* correlate alla fattispecie di cui al comma 5 dell’art. 73, di talché oggi l’art. 380, comma 2, lett. h), c.p.p. esclude dalla previsione di arresto obbligatorio non più il caso in cui “ricorra la *circostanza* prevista dal comma 5” dell’art. 73, ma l’ipotesi che si tratti dei “*delitti* di cui al comma 5 del medesimo articolo”; e l’art. 19, D.P.R. 22 settembre 1998, n. 448, che regola l’adozione di misure cautelari per minorenni, cita le ipotesi lievi in materia di stupefacenti come “*delitti* di cui all’art. 73, comma 5”.

⁴⁶ Si pensi all’art. 316 *ter* c.p., che esordisce richiamando “il reato di cui all’art. 640 *bis*”, essendo norme avvinte da un rapporto di sussidiarietà. In questi termini Sez. un., 16 dicembre 2010, n. 7537, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 959 ss., su cui ci sia consentito rinviare al nostro *Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*.