

# Itinerari di Diritto Penale

*Collana diretta da*

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

**ILARIA MERENDA**

## **LE CIRCOSTANZE DEL REATO TRA PREVENZIONE GENERALE E SPECIALE**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

# CAPITOLO I

## LE CIRCOSTANZE DEL REATO NELL'ATTUALE SISTEMA PENALE

SOMMARIO: 1. Circostanze del reato: uno sguardo d'insieme. – 2. Le circostanze del reato tra dimensione astratta e fatto concreto. – 3. Il doppio volto delle circostanze. I c.d. sottotitoli di reato e le circostanze con variazione di pena proporzionale. – 4. Le circostanze ad efficacia speciale: una categoria dai confini incerti. – 5. Il concorso omogeneo di circostanze: criticità ed incongruenze applicative. – 6. Il nuovo volto delle circostanze ad effetto comune. – 7. Circostanze proprie e circostanze improprie nel processo di commisurazione della pena. – 8. Funzione e limiti del giudizio di bilanciamento. – 8.1. Le circostanze c.d. blindate. – 9. La problematica distinzione tra elementi costitutivi e circostanze. – 10. Le circostanze attenuanti generiche nella dimensione equitativa. – 11. Bilancio provvisorio.

### 1. *Circostanze del reato: uno sguardo d'insieme*

Le circostanze del reato hanno assunto nell'attuale legislazione penale un ruolo sempre più importante<sup>1</sup>: basti pensare, negli ultimi anni, agli interventi in materia di diritto penale ambientale, alla disciplina dell'omicidio stradale e a quella dei reati predatori, alle modifiche apportate in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. Ciò nonostante alla centralità della figura fa da contraltare un'assoluta incertezza che riguarda sia il profilo dogmatico che quello applicativo, dovuta all'assenza di indicazioni normative che chiariscano, da un lato, l'effettiva funzione dell'istituto e, dall'altro, gli stessi confini costitutivi della categoria, conferendole precisi tratti identitari<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Al riguardo, NATALINI, *La politica criminale delle circostanze nella legislazione del terzo millennio*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 753 ss.

<sup>2</sup> In questo senso, MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e*

In linea teorica, le circostanze dovrebbero servire per “accorciare” le distanze tra la fattispecie astratta e il fatto concreto, nell’ottica di una migliore individualizzazione delle conseguenze sanzionatorie del reato<sup>3</sup>; a ben vedere, però, la disciplina che ci consegna il nostro codice presenta molteplici profili di ambiguità che impediscono al fenomeno circostanziale di assumere una fisionomia unitaria.

Nel sistema convivono infatti due componenti eterogenee, che rendono le circostanze del reato fattori che si collocano a cavallo fra il piano astratto della determinazione legale della pena e quello concreto della commisurazione giudiziale<sup>4</sup>.

Le due dimensioni astratto/concreto attraversano l’intera materia, che oscilla tra il polo della legalità e quello della discrezionalità<sup>5</sup>: è indubbio che attraverso la figura circostanziale il legislatore si impegna in un’opera di tipizzazione normativa di ulteriori caratteristiche significative del fatto di reato, al fine di vincolare l’attività giudiziale in sede di concretizzazione della pena. Allo stesso tempo, però, l’attuale disciplina positiva riserva al giudice un ruolo centrale nella gestione dell’istituto che, lungi dall’imbrigliarlo nell’esercizio del suo potere, finisce di fatto per tradursi in uno strumento che dilata (in modo molto ampio) il campo delle possibili scelte e che gli assegna, sovente, una discrezionalità sostanzialmente incontrollata<sup>6</sup>.

Si pensi al giudizio di bilanciamento previsto all’art. 69 c.p. per il concorso di circostanze eterogenee: specie dopo la riforma del 1974, che lo ha esteso a tutte le categorie di circostanze, il meccanismo del bilanciamento attribuisce al giudice una sorta di «potestà plasmatrice»<sup>7</sup> che gli consente di rimodulare la valutazione legislativa, adat-

*prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 576; recentemente, sul punto, ALBERICO, *Le circostanze nel concorso di persone*, Roma, 2022, 1 ss.

<sup>3</sup>V. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, 4; CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze*, Napoli, 1963, 2, per il quale «nell’istituto delle circostanze si coglie il più esplicito tentativo del legislatore di rendere aderente il diritto al fatto».

<sup>4</sup>DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 49 ss.; BARTOLI, *Le circostanze “al bivio” tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 2254.

<sup>5</sup>Sul punto si vedano le riflessioni di BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, 2019, 289 ss.

<sup>6</sup>Così PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Dassano-Vinciguerra, Torino, 2010, 704.

<sup>7</sup>In questi termini, PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014, 40.

tandola al suo individuale apprezzamento sulla gravità complessiva del fatto concreto. Una elasticità applicativa che risulta amplificata, a monte, dall'incertezza che riguarda la stessa distinzione tra reato circostanziato e titolo autonomo di reato, rimessa, il più delle volte, ad una «precaria attività ermeneutica»<sup>8</sup>, nell'assenza sia di parametri normativi sia di criteri di differenziazione sostanziale che possano considerarsi affidabili.

Eppure, le equivoche sembianze dell'istituto hanno finito con il favorirne un uso sempre più disinvolto da parte del legislatore, che ha sfruttato le potenzialità della figura quale strumento di agevole gestione sul piano politico-criminale. Ecco allora che in molti casi l'introduzione di circostanze (aggravanti) acquista soprattutto una valenza ideologica, per veicolare ai consociati un messaggio di maggiore rigore punitivo, in linea con le sollecitazioni provenienti dal momento storico contingente<sup>9</sup>.

Un'enfaticizzazione del paradigma repressivo che mostra però spesso una scarsa incidenza pratica sul piano della pena irrogata e che al più produce i suoi effetti – quando si tratta di circostanze autonome o ad effetto speciale – sull'operatività di dispositivi processuali o paraprocessuali agganciati ai massimi edittali: si pensi, ad esempio, alle regole che riguardano la competenza per materia del giudice, la maturazione della prescrizione, la legittimità dell'impiego di misure cautelari o il ricorso a determinati mezzi di prova<sup>10</sup>. Va considerato, infatti, che l'asprezza delle comminatorie edittali nel complesso della nostra legislazione rende praticamente inesplorato nella prassi giudiziaria l'intervallo medio-superiore della sanzione minacciata, con la conseguenza, quindi, che l'efficacia ultraedittale delle aggravanti rappresenta sul piano concretamente operativo un'eventualità assolutamente marginale<sup>11</sup>.

La manovra sulle circostanze aggravanti sembra pertanto essere ispirata ad una logica di tipo “compromissorio”: per un verso, il legi-

---

<sup>8</sup> PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 213.

<sup>9</sup> Per simili considerazioni, PULITANÒ, *Circostanze*, cit., 713.

<sup>10</sup> Per una dettagliata analisi sugli effetti sostanziali e processuali ricollegati all'introduzione delle circostanze, v. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1745 ss.

<sup>11</sup> Al riguardo, cfr. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 43 ss.; ID., *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di Bartoli-Pifferi, Milano, 2016, 225.

slatore vuole rafforzare, attraverso la minaccia dell'inasprimento sanzionatorio, la tutela della collettività, nel convincimento – in realtà tutt'altro che dimostrato – che l'innalzamento dei livelli di pena sia necessario e utile a ridurre i tassi di criminalità<sup>12</sup>; per altro verso, però, non si impegna coerentemente in tale direzione, eludendo interventi più complessi ed incisivi sulla parte speciale del codice che portino all'introduzione di nuovi titoli di reato o alla revisione delle incriminazioni vigenti<sup>13</sup>.

Per le circostanze attenuanti, invece, sembrano valere considerazioni pressoché opposte; anche guardando alla stessa evoluzione storica dell'istituto<sup>14</sup>, emerge, infatti, come la predisposizione di un insieme tipico di attenuanti si giustifichi soprattutto nella prospettiva di fornire al giudice degli strumenti per “abbattere” il minimo della pena e mitigare così la particolare rigidità delle cornici edittali. Una funzione “correttiva” che è particolarmente evidente nelle attenuanti generiche, dove il legislatore rinuncia a qualsiasi predeterminazione normativa, aprendo la via a valutazioni di natura equitativa che permettono di meglio calibrare la misura della pena sulle caratteristiche del singolo episodio criminoso<sup>15</sup>; un effetto, questo, che si riflette, eventualmente, anche sull'applicazione processuale di riti alternativi.

Il binomio aggravanti-attenuanti pare dunque muoversi secondo direttrici eterogenee<sup>16</sup>: nelle aggravanti risulta valorizzata essenzialmente la dimensione astratta della pena minacciata, per la funzione che è chiamata a svolgere sul piano della prevenzione generale; viceversa, le attenuanti acquistano uno spazio più centrale nella dinamica commisurativa, specie quando è necessario veicolare istanze di proporzione da conteggiare in sede di concreta irrogazione della sanzione.

Si tratta di una diversificazione che assume una sua rilevanza anche nel ragionare sul futuro dell'istituto, da più parti tacciato di esse-

<sup>12</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni sempre attuali di DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 221.

<sup>13</sup> In questi termini, NATALINI, *La politica criminale delle circostanze*, cit., 758, per il quale «le circostanze si atteggiano a strumenti *prêt-à-porter* per offrire, con poco sforzo novellistico, una risposta visibile alle pressanti esigenze di tutela della sicurezza sociale, senza doversi impegnare in defaticanti opere riformiste o in più complesse scelte di incriminazione».

<sup>14</sup> MELCHIONDA, *La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di ricostruzione*, in *Attualità e storia delle circostanze*, cit., 251 ss.

<sup>15</sup> MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 108.

<sup>16</sup> Cfr. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 302.

re del tutto superfluo e di immettere nel sistema pericolosi elementi di irrazionalità, tanto da auspicarne, *de iure condendo*, la radicale eliminazione<sup>17</sup>.

La consapevolezza, invece, che – specie nella prassi – le aggravanti e le attenuanti si ricollegano a modelli differenti di intervento sulla pena può essere utile per domandarsi, proprio in una ottica di riforma, cosa meriti di essere “salvato” – e, semmai, ulteriormente potenziato – e cosa, al contrario, debba essere sottoposto a un’attività di riordino e razionalizzazione<sup>18</sup>.

La questione si intreccia saldamente con quella relativa alla necessità di una profonda revisione del nostro sistema sanzionatorio<sup>19</sup>, che passi attraverso un ragionevole aggiornamento delle comminatorie edittali e, allo stesso tempo, garantisca una seria vigilanza sul potere commisurativo del giudice<sup>20</sup>. È in questo contesto, infatti, che si gioca la “partita” delle circostanze<sup>21</sup> e che va chiarito il ruolo che le stesse possono svolgere, una volta liberate da strumentalizzazioni distorsive che ne ostacolano una rielaborazione coerente con le linee di una moderna politica legislativa penale<sup>22</sup>.

## 2. *Le circostanze del reato tra dimensione astratta e fatto concreto*

La natura giuridica delle circostanze viene fatta oscillare in dottrina tra quella di elemento accessorio della fattispecie base e quella di elemento costitutivo di una fattispecie autonoma<sup>23</sup>. Al riguardo, va

---

<sup>17</sup> In questa direzione, MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1993, 15; VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, Torino, 2000, 51; nonché, da ultimo, PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., 381.

<sup>18</sup> In tale prospettiva, sia consentito il rinvio a MERENDA, *La pena attenuata tra equità e premio*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 786 ss.

<sup>19</sup> Al riguardo, sono sempre valide le considerazioni di PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.

<sup>20</sup> Recentemente, BRUNELLI, *Riformare il penale, tra l'abbandono del codice e la centralità della legge*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3, 989 ss.

<sup>21</sup> V. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., 710, per il quale «il problema delle circostanze [...] nasce (se nasce) entro il cantiere della costruzione del sistema sanzionatorio».

<sup>22</sup> Cfr. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in *Cass. pen.*, 2007, 2840 ss.

<sup>23</sup> Così ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 233.

detto subito che si tratta di una questione che non deve essere in alcun modo sopravvalutata sul piano degli effetti pratici<sup>24</sup> e che, tuttavia, presenta una certa utilità dal punto di vista ricostruttivo perché consente di fotografare il fenomeno da diversi angoli visuali e di coglierne al meglio le peculiarità<sup>25</sup>.

Il primo approccio al tema individua nell'accessorietà la caratteristica fondante della figura, ricostruendo le circostanze come «elementi accidentali» che si «contrappongono agli elementi essenziali, in quanto non concorrono a formare (constituire) il reato, ma valgono a modificarne l'entità»<sup>26</sup>. Originariamente interpretato come una sorta di connotato pregiudiziale, inerente al contenuto intrinseco dell'elemento e tale da giustificare sul piano normativo la diversità di disciplina<sup>27</sup>, l'accessorietà è stata in seguito correttamente valorizzata quale tratto riferibile piuttosto alla disposizione normativa circostanziale che risulta condizionata nella produzione dei suoi effetti a quelli prodotti dal reato base, ed è quindi accessoria rispetto alla fattispecie costitutiva della responsabilità penale<sup>28</sup>.

Sotto questo angolo visuale, il carattere dell'accessorietà andrebbe inteso da un punto di vista essenzialmente formale e starebbe ad indicare il rapporto di «dipendenza» che lega la norma circostanziale con la fattispecie base<sup>29</sup>: la circostanza, infatti, «presuppone necessariamente il principale, il quale è costituito da un reato perfetto nella sua struttura»<sup>30</sup>. È questo un dato difficilmente contestabile che rappresenta con esattezza le modalità di funzionamento delle circostanze, quali elementi cui si ricollega un'efficacia non costitutiva ma me-

<sup>24</sup>In questo senso, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 437.

<sup>25</sup>Sottolinea come «di fondo della controversia “non essenzialità” – “essenzialità” vi sarebbe in realtà l'assunzione di un diverso approccio relazionale», nel senso cioè che «l'elemento circostanziale è elemento costitutivo o accidentale a seconda del diverso angolo visuale da cui viene mossa l'indagine», PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., 36.

<sup>26</sup>SANTORO, *Le circostanze del reato*, cit., 19.

<sup>27</sup>V. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936, 161 ss. Sull'impossibilità di rintracciare una differenza dal punto di vista contenutistico tra circostanze ed elementi costitutivi, v., ad esempio, ROMANO, *Pre Art. 59*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 635. Per un approfondimento sul tema, si rinvia al par. 9.

<sup>28</sup>In questi termini, PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., 189.

<sup>29</sup>Cfr. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 648.

<sup>30</sup>Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2000, 436.

ramente modificativa della responsabilità penale.

Allo stesso tempo è chiaro come le circostanze del reato siano il prodotto di una selezione normativa ed operino per il tramite di una fattispecie che “qualifica” il reato base ridefinendolo, per via legislativa, sul piano valoriale<sup>31</sup>; si può dire, quindi, che attraverso la fattispecie circostanziale il legislatore inserisce nel sistema una “variante tipica” del reato, destinata ad incidere sui suoi effetti giuridici<sup>32</sup>.

Un simile processo di integrazione normativa ha portato parte della dottrina a concludere nel senso che la figura circostanziale darebbe vita ad una fattispecie autonoma, sul presupposto che «stabilendo la norma incriminatrice un nesso tra determinate situazioni e determinate conseguenze, ogni modificazione di queste ultime importa anche modificazione delle prime: presuppone, in altri termini, una nuova norma»<sup>33</sup>; da ciò deriverebbe che le circostanze, entrando come requisiti essenziali di una nuova fattispecie, collegata per il titolo a quella c.d. base, costituirebbero veri e propri elementi del reato, sottoposti però ad una disciplina particolare<sup>34</sup>.

È un’impostazione questa che ha avuto un impatto importante sugli sviluppi successivi del dibattito e che ha l’indubbio merito di aver definitivamente liberato la figura circostanziale dal condizionamento esercitato da apodittici e opinabili dogmi di natura pregiuridica, fissando così delle nuove basi per inquadrare in maniera più corretta il fondamento dell’istituto<sup>35</sup>.

Va detto, però, che un simile approccio, riconducendo le circostanze nella generica categoria degli elementi costitutivi della fattispecie e riconoscendone un’omogeneità funzionale rispetto agli altri elementi del reato, finisce di fatto per realizzare una sorta di “livellamento” tra i due concetti<sup>36</sup>; un’operazione che non aiuta la reale comprensione del fenomeno<sup>37</sup>, perché si limita ad osservarlo da un punto di vista

---

<sup>31</sup> MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 66, nota 43.

<sup>32</sup> BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 290.

<sup>33</sup> Così M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 565.

<sup>34</sup> V. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Torino, 2006, 30; nello stesso senso, MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 56 ss.; più recentemente, in termini pressoché analoghi, SPENA, *Accidentalia delicti*, cit., 639 ss.

<sup>35</sup> Cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 515; così anche ALBERICO, *Le circostanze*, cit., 5.

<sup>36</sup> In questi termini, CONTENTO, *Introduzione*, cit., 18.

<sup>37</sup> MELCHIONDA, *op. ult. cit.*, 544.

logico-formale, rilevandone le peculiarità della disciplina positiva, senza approfondire tuttavia i presupposti di legittimazione sostanziale della figura.

Anche l'inquadramento della fattispecie circostanziale nell'ambito delle forme di manifestazione del reato si esaurisce in realtà nell'utilizzo di uno schema classificatorio, che va bene per descrivere il meccanismo di integrazione normativa sotteso all'operatività delle circostanze – quali possibili “variabili predefinite” della fattispecie base – ma che si mostra di dubbia utilità se si guarda all'aspetto funzionale dell'istituto<sup>38</sup>.

Ed è proprio nell'ottica di evidenziare la profonda diversità di funzione che caratterizza la disposizione circostanziale rispetto a quella autonomamente incriminatrice che si sviluppa in dottrina una tesi diversa, che valorizza le circostanze del reato quali elementi costitutivi della c.d. fattispecie concreta; di una fattispecie, cioè, che si collocerebbe in una fase intermedia del passaggio dalla norma astratta al fatto concreto, ed il cui contenuto comprenderebbe «l'insieme di tutti i dati reali, e nello stesso tempo tipici, che, in qualunque modo e in qualunque misura»<sup>39</sup> sono capaci di influire sulla determinazione della pena.

L'individuazione di questo momento mediano di qualificazione normativa permetterebbe infatti di distinguere le circostanze, sia dai veri e propri elementi costitutivi dell'illecito, sia dagli ulteriori aspetti concreti che vengono valutati dal giudice ai fini dell'individuazione del trattamento sanzionatorio finale. Rispetto ai primi, infatti, la funzione della circostanza sarebbe solo quella di modificare un effetto giuridico da questi già autonomamente prodotto; quanto ai secondi, l'elemento circostanziale – essendo comunque tipico – risulterebbe portatore di un significato predeterminato dal legislatore e non condizionato, quindi, in via esclusiva, dal successivo apprezzamento giudiziale<sup>40</sup>.

Ad avallare una simile ricostruzione sarebbe la stessa disciplina positiva prevista nel nostro codice che, nel regolare il funzionamento delle circostanze, all'art. 63, comma 1, c.p., stabilisce che l'aumento o la diminuzione di pena deve calcolarsi dopo che sia stata già deter-

---

<sup>38</sup> Per una critica approfondita riguardo alla possibilità di inquadrare le circostanze nello schema delle forme di manifestazione del reato, MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 548.

<sup>39</sup> CONTENTO, *Introduzione*, cit., 78.

<sup>40</sup> ID., *op. ult. cit.*, 79, 118.

minata la “pena base”, operando, per l'appunto, in concreto e in relazione a quest'ultima<sup>41</sup>: un meccanismo bifasico che dimostrerebbe come le circostanze e gli elementi costitutivi appartengano a fasi distinte di un processo di messa a fuoco progressiva della pena da irrogare. In questa prospettiva, alle circostanze spetterebbe il ruolo ibrido di coniugare astrattezza e concretezza e di fungere da strumenti di «adattamento sanzionatorio», con i quali il legislatore individua, già in astratto, «le fenomenologie concrete e più rilevanti»<sup>42</sup> di realizzazione del reato.

### 3. *Il doppio volto delle circostanze. I c.d. sottotitoli di reato e le circostanze con variazione di pena proporzionale*

Alla luce di quanto detto, sembrerebbe che la rilevanza delle circostanze vada colta essenzialmente «nell'opera di qualificazione che esse svolgono sulla fattispecie legale del reato con la quale vengono in rapporto»<sup>43</sup>, nel senso cioè che la loro funzione sarebbe quella di incidere su di una determinata situazione già di per sé giuridicamente rilevante, ponendo in evidenza una particolare caratteristica, cui si ricollegano effetti giuridici modificativi rispetto al trattamento previsto per l'ipotesi base<sup>44</sup>. Si è parlato pertanto di «indici di valutazione del reato», grazie ai quali si garantirebbe l'applicazione di uno speciale trattamento punitivo più adeguato alla complessità di valori implicite nella fattispecie circostanziata<sup>45</sup>. Una simile impostazione permette di ben coniugare la natura tipica della circostanza – come tale operante sul piano astratto delle determinazioni legali – con l'effetto di progressiva “concretizzazione” che si produce sulla pena già autonomamente commisurata dal giudice<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> CONTENTO, *Introduzione*, cit., 82.

<sup>42</sup> Così ALAGNA, *Riformulazione*, cit., 233.

<sup>43</sup> CONTENTO, *Introduzione*, cit., 99.

<sup>44</sup> ID., *op. cit.*, 171.

<sup>45</sup> CONTENTO, *Introduzione*, cit., 100.

<sup>46</sup> In termini analoghi, DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 10; per una posizione critica rispetto alla figura dogmatica della “fattispecie concreta”, v. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 536, che afferma l'impossibilità di isolare le circostanze all'interno di una fattispecie autonoma e separata, tanto da quella corrispondente alla astratta fattispecie incriminatrice, quanto dal più vasto insieme degli elementi rilevanti ai fini della concreta determinazione della pena.

Al riguardo è necessario però operare alcune distinzioni fondamentali, considerato che non tutte le circostanze comportano una mera variazione della pena concreta; ve ne sono alcune, infatti, che determinano l'applicazione di una pena di specie diversa o di una pena stabilita entro nuovi limiti minimi e/o massimi. In questi casi, il legislatore prospetta al giudice una differente cornice edittale, entro la quale procedere alle operazioni commisurative: è evidente il ribaltamento di prospettiva rispetto al meccanismo bifasico dell'art. 63, comma 1, c.p., «perché un conto è incidere sulla pena (e sul reato) in astratto, altro determinare le sorti della pena (e del reato) in concreto»<sup>47</sup>. Mentre in quest'ultimo caso prevalgono le esigenze di adeguamento della sanzione alla gravità del fatto, la variazione della cornice edittale esprime, invece, una nuova valutazione legale di gravità del reato, che si riflette, inevitabilmente, sul significato degli elementi che la determinano, avvicinandoli – quanto alla loro funzione – agli elementi specializzanti costitutivi di un reato autonomo<sup>48</sup>.

Una linea distintiva in qualche modo tracciata dallo stesso legislatore che, nei lavori preparatori del codice penale, ha motivato l'originaria esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze autonome/a variazione “indipendente” proprio in ragione del loro «carattere specialissimo», che le differenzia dalle altre circostanze, rendendole una sorta di «sottospecie o sub-titolo del reato medesimo»<sup>49</sup>.

Come autorevolmente sostenuto, infatti, «il procedimento per il quale veniva salvaguardato il peso di determinate circostanze aggravanti, impedendone l'eliminazione per effetto di qualsivoglia circostanza attenuante, finiva con il porre le circostanze in questione sullo stesso piano degli elementi veri e propri, per i quali una siffatta eliminazione era (come tuttora è) inconcepibile per ragioni strutturali»<sup>50</sup>. Si tratta, infatti, di ipotesi in cui la presenza della circostanza incide – (o quantomeno dovrebbe incidere) – così profondamente sul

---

<sup>47</sup> Così BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 292.

<sup>48</sup> In questi termini, DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 158; PADOVANI, *Circostanze*, cit., 192.

<sup>49</sup> *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, 126; *contra*, ritiene, invece, che il riferimento normativo citato non sia affatto indicativo di una differenza ontologica tra i due settori di circostanze, MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 623 ss.

<sup>50</sup> VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 8.

disvalore del reato<sup>51</sup> da costituire «uno dei presupposti condizionanti il sorgere di una sanzione nuova, diversa o nella specie o nella quantità tipica edittale»<sup>52</sup> da quella della fattispecie base.

È chiaro che il riconoscimento dell'effetto modificativo delle circostanze in una fase antecedente a quella della commisurazione della pena rende difficile conciliare la figura con la funzione di "individualizzazione" della responsabilità penale attribuita in generale all'istituto<sup>53</sup>; più che di concretizzazione delle conseguenze sanzionatorie, si può parlare di una rimodulazione legislativa dello spazio edittale, operata attraverso elementi che «incidono sulla pena minacciata prima che sulla pena comminata»<sup>54</sup>.

Il ricorso all'elemento circostanziale, anziché ad una figura autonoma di reato, sembra allora potersi giustificare essenzialmente per ragioni di opportunità politico-criminale, alla luce del diverso regime giuridico cui sono sottoposte le circostanze rispetto agli elementi costitutivi<sup>55</sup>: nell'impianto originario del codice, infatti, una simile scelta rappresentava essenzialmente un espediente autoritario per aggirare le garanzie imposte dal principio di colpevolezza, in considerazione dell'applicazione meramente oggettiva delle circostanze aggravanti. Con le riforme successive, specie dopo la sottoposizione al giudizio di bilanciamento operata nel 1974, i vecchi "sottotitoli di reato" vedono mutare nettamente la loro fisionomia, finendo con il diventare uno strumento che potenzia oltre misura il ruolo del giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, creando numerose contraddizioni e disarmonie interne al sistema<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Per STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 228, le circostanze in questione modificano la «fisionomia del reato» in una direzione corrispondente ad una maggiore o minore gravità; parla, invece, di esigenze di specializzazione o estensione della tutela, PADOVANI, *Circostanze*, cit., 193.

<sup>52</sup> Cfr. CONTENUTO, *Introduzione*, cit., 174.

<sup>53</sup> V. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 159, secondo il quale può continuarsi impropriamente a parlare di individualizzazione, solo qualora si faccia riferimento alla «correzione da parte del legislatore dell'originaria previsione edittale, in quanto l'ipotesi di specie gli appaia, in tutte le manifestazioni concrete più o meno grave della fattispecie base».

<sup>54</sup> STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 54 ss. Più ampiamente, v. *infra*, par. 6.

<sup>55</sup> V., sul punto, MORO, *Unità e pluralità*, cit., 66; analogamente STILE, *op. ult. cit.*, per il quale si deve «ammettere che in queste ipotesi il procedimento di tipizzazione circostanziale sia stato adoperato per ragioni meramente tecniche o di ritenuta opportunità, in sostituzione del normale procedimento di specializzazione, ma per conseguire i medesimi effetti sostanziali».

<sup>56</sup> Parla del rischio di un diritto libero, rimesso a scelte individuali del giudice, VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 3 ss.; sul punto, v. anche PEL-

#### 4. *Le circostanze ad efficacia speciale: una categoria dai confini incerti*

Come accennato, l'originaria esclusione delle circostanze autonome/indipendenti dal giudizio di bilanciamento confermava la *summa divisio* tra modificazione in concreto e modificazione in astratto della pena, tracciata dai commi 1 e 3 dell'art. 63 c.p.: la incomparabilità con le circostanze ad efficacia comune era, infatti, una logica conseguenza della funzione esercitata sul piano astratto delle determinazioni normative, «essendo chiaramente inammissibile che la discrezionalità del giudice potesse reagire, neutralizzandola, su di una diversa valutazione legale del reato molto simile a quella sottesa alla creazione di figure autonome»<sup>57</sup>.

Una simile linea distintiva viene sostanzialmente “abbattuta” dopo la riforma dell'art. 69 c.p. – realizzata nel 1974 – con inevitabili ripercussioni sia dal punto di vista concettuale che applicativo<sup>58</sup>. E infatti, l'espansione dell'area di intervento della discrezionalità del giudice, oltre a far esplodere – come vedremo – il problema della distinzione tra elementi costitutivi del reato e circostanze<sup>59</sup>, rischia di condurre ad esiti disfunzionali – specie in presenza di circostanze che comportano cornici edittali sensibilmente distanziate da quella del reato base – determinando eccessive variazioni nella misura della pena, a seconda dei risultati ottenuti nel giudizio di comparazione<sup>60</sup>.

---

LEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., 46, per il quale al giudice viene conferito il potere di incidere direttamente sul cuore della previsione normativa e sul suo fondamentale significato disvaloriale.

<sup>57</sup> Così DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 204.

<sup>58</sup> *Contra*, nel senso, invece, che «l'abolizione del divieto di bilanciamento nel caso di concorso eterogeneo tra circostanze ad efficacia comune e circostanze ad efficacia speciale non significa l'esclusione della necessità che tali circostanze vengano distinte», D'ASCOLA, *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale, dopo la riforma del '74*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 984 ss.

<sup>59</sup> In questi termini, MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 689.

<sup>60</sup> Parla al riguardo di «discrezionalità discontinua», PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., 705, riferendosi alle ipotesi in cui la disciplina del bilanciamento, applicata a circostanze che spostano sensibilmente i limiti edittali, obbliga il giudice ad andare al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie: «in simili casi è spezzata la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità, in ragione del peso assegnato agli elementi da bilanciare, e la scala delle sanzioni applicabili in concreto [...] aprendosi un buco nero nella scala delle possibili scelte sanzionatorie che è incoerente con la stessa logica del bilanciamento».

Si tratta di un'operazione legislativa, dettata essenzialmente dalla necessità di mitigare l'eccessiva rigidità del sistema sanzionatorio, «senza tuttavia formalmente rinunciare, per casi estremi, al mantenimento della previsione più grave»<sup>61</sup>; una riforma, quindi, che si muove in un'ottica di “deresponsabilizzazione” da parte del legislatore, che di fatto attribuisce al giudice il potere di modificare le sue stesse valutazioni legislative, con il risultato di amplificare a livello sistematico le incongruenze già presenti nella disciplina complessiva del fenomeno circostanziale<sup>62</sup>.

A complicare ulteriormente il quadro generale ha contribuito anche l'intervento sul comma 3 dell'art. 63 c.p. – ad opera della legge n. 400 del 1984 – che ha ridisegnato, con una sorta di interpretazione autentica<sup>63</sup>, il perimetro applicativo delle circostanze c.d. ad efficacia speciale. Prima della riforma, infatti, una simile denominazione veniva impiegata in dottrina<sup>64</sup> – in assenza di un rilievo normativo espresso – per riferirsi a quelle circostanze in presenza delle quali la legge «stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato»: circostanze altrimenti definite – con formulazione senz'altro più felice<sup>65</sup> – «autonome o indipendenti»<sup>66</sup>.

La necessità di distinguere tra circostanze “ad effetto comune” e “ad effetto speciale” si ricollegava essenzialmente alla diversità di disciplina prevista in materia di concorso di più circostanze: fino al 1974 le circostanze ad “effetto speciale” risultavano sottratte al giudizio di bilanciamento e un regime totalmente differenziato era (ed è tuttora) stabilito anche per i casi di concorso omogeneo, per i quali – contrariamente al cumulo materiale delle variazioni di pena fissato dall'art. 63, comma 2, c.p. per le circostanze “ad effetto comune” – si

---

<sup>61</sup> VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee*, cit., 6.

<sup>62</sup> Al contrario, ritiene che l'inserimento di tale modifica legislativa non possa definirsi «fonte di una illogica e disfunzionale distonia applicativa», quanto piuttosto debba essere «inquadrata nella più generale omogeneità di regime della categoria [...], definitivamente chiarendo, per l'appunto, come tutte le circostanze concorrano ad operare unitariamente [...] quali vere cause di determinazione (innanzitutto) edittale della pena», MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 689 ss.

<sup>63</sup> In questi termini, DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., 75.

<sup>64</sup> V., tra gli altri, MARINI, *Le circostanze*, cit., 185 ss.

<sup>65</sup> Così ROMANO, *Pre Art. 59*, 640.

<sup>66</sup> VASSALLI, *Concorso di circostanze*, cit., 8, nota 3.

applicano le regole dei successivi commi della medesima disposizione, «ancor oggi caratterizzate dal ricorso ad un cumulo di tipo prettamente giuridico»<sup>67</sup>.

Con la modifica del 1984 il legislatore adotta ufficialmente la formulazione attualmente vigente, inserendo, nel comma 3 dell'art. 63 c.p., le circostanze ad effetto speciale, affianco a quelle che «prevedono una pena di specie diversa da quella ordinaria», e definendole espressamente come quelle circostanze che «importano un aumento o una diminuzione di pena superiore ad un terzo».

La finalità dell'intervento era quella di individuare – nella macrocategoria delle circostanze – quelle differenziate per il loro maggiore valore e caratterizzate, quindi, da una più intensa capacità di incidere sulla pena ordinaria<sup>68</sup>, perché, a fini processuali, si doveva definire la competenza per materia del pretore o del tribunale (art. 32, comma 2, c.p.p. del 1930) e regolare la possibilità di emettere misure cautelari (art. 255 c.p.p. del 1930)<sup>69</sup>. Una scelta ulteriormente confermata con il nuovo codice di procedura penale (artt. 4 e 278 c.p.p.) e con la riforma della prescrizione del 2005, che all'art. 157, comma 2, c.p. – a fini del computo del tempo necessario a prescrivere – attribuisce rilevanza appunto alle sole “aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale”.

Una simile presa di posizione da parte del legislatore – «forse perché ispirata più da motivazioni di tipo processuale, che sostanziale»<sup>70</sup> – ha profondamente alterato l'impianto sistematico delle circostanze, già fortemente compromesso dalle modifiche apportate al giudizio di bilanciamento. È chiaro, infatti, che il riferimento ad un parametro di tipo quantitativo-proporzionale mal si armonizza con quella distinzione tra modificazione in astratto e modificazione in concreto della pena che aveva ispirato la categoria concettuale del c.d. sottotitolo di reato. A farne le spese, innanzitutto, sono le c.d. circostanze indipendenti – quelle, come detto, nelle quali la pena è determinata senza un rapporto di proporzione con la pena base – che vengono “smembrate” e collocate, ora tra le circostanze ad effetto co-

---

<sup>67</sup> MELCHIONDA, *Le circostanze “indipendenti” sono sempre “ad effetto speciale”?* Una risposta negativa (non “faziiosa”, ma “di parte”), aspettando le Sezioni Unite, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 4, 185.

<sup>68</sup> CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, 2296 ss.

<sup>69</sup> Cfr. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., 49 ss.

<sup>70</sup> In questi termini, MELCHIONDA, *Le circostanze*, 701.

mune, ora tra quelle ad effetto speciale<sup>71</sup>, in ragione del criterio matematico attualmente stabilito<sup>72</sup>.

Si tratta, a dire il vero, di una questione che non assume una grande rilevanza sul piano pratico, dal momento che, nel codice penale – a parte l'ipotesi prevista dall'art. 609 *ter* c.p., tra l'altro recentemente modificata dalla legge n. 69 del 2019<sup>73</sup> – le circostanze caratterizzate da effetti edittali indipendenti determinano sempre una variazione di pena in concreto superiore ad un terzo, ma che dal punto di vista concettuale contribuisce indubbiamente ad alimentare le incertezze e le ambiguità che caratterizzano la fisionomia normativa dell'istituto.

L'abbandono della linea distintiva fondata sul dato "qualitativo" della variazione edittale a favore di un distinguo che considera esclusivamente l'incidenza quantitativa sulla pena base si inserisce, infatti, in un contesto sistematico che risponde ad una diversa impostazione<sup>74</sup>; prova ne è che la vecchia figura del "sottotitolo di reato" conti-

---

<sup>71</sup> Per questa posizione, Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 28953, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2017, con nota di MELCHIONDA, *Circostanze "indipendenti" con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono ad effetto speciale e non rilevano ai fini della prescrizione*.

<sup>72</sup> Il problema diviene più complicato qualora la variazione risulti superiore al terzo solo sul piano del minimo o del massimo edittale; in questi casi si ritiene preferibile considerare la circostanza ad effetto speciale dal momento che l'art. 63, comma 3, c.p. non impone di considerare rilevante la modifica di entrambi i limiti edittali: così PADOVANI, *Circostanze*, cit., 211; nel senso, invece, che il giudice dovrebbe accertare se il punto di riferimento del computo richiesto ai fini dei vari istituti sia il minimo o il massimo edittale (basti pensare alle regole che determinano la competenza del giudice che chiaramente sono calibrate sul massimo), DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., 79, che, anche alla luce di tali considerazioni, ritiene preferibile optare per una diversa soluzione ermeneutica.

<sup>73</sup> Il comma 1 dell'art. 609 *ter* c.p. stabiliva, con riferimento a varie ipotesi aggravanti, la reclusione della pena da sei a dodici anni: un aumento che, confrontato con la sanzione edittale del reato base, determinava una variazione pari ad un quinto. Sul punto, v. le osservazioni di MELCHIONDA, *Limiti tecnici e difetti sistematici della nuova disciplina delle circostanze nei reati sessuali*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, 55 ss. Dopo la modifica del 2019, le circostanze aggravanti di cui all'art. 609 *ter* c.p. sono state trasformate in circostanze proporzionali ad effetto comune per le quali è previsto l'aumento di pena di un terzo.

<sup>74</sup> V. PADOVANI, *Circostanze*, cit., 212; analogamente, CONCAS, *Il nuovo sistema*, cit., 2299, per il quale una simile soluzione «ha il difetto di inserirsi in un contesto legislativo in cui non tanto la maggiore capacità di incidenza della circostanza sulla pena, quanto, e soprattutto, l'autonomia della pena stabilita per il reato circostanziato, era l'indice del valore particolare assegnato all'elemento circostanzia-

nua a ricevere un riconoscimento esplicito nell'art. 69, comma 4, c.p., che riafferma – seppur a fini meramente descrittivi – la “comunanza identitaria” tra le circostanze indipendenti e quelle che comportano il mutamento della specie di pena<sup>75</sup>.

Si consideri, inoltre, che il capovolgimento di prospettiva adottato dal legislatore rischia di produrre un vero e proprio cortocircuito applicativo nei casi di concorso di circostanze omogenee, la cui disciplina è stata calibrata proprio in funzione del carattere frazionario o meno della variazione di pena ricollegata all'elemento circostanziale. Mentre, infatti, per le circostanze proporzionali risulta del tutto indifferente l'ordine con il quale si procede alla loro applicazione<sup>76</sup> (anche nei casi di variazioni aritmetiche diverse), quando la circostanza è autonoma/indipendente deve essere necessariamente applicata per prima, per evitare che le circostanze proporzionali vengano neutralizzate dalla successiva operazione di commisurazione della pena all'interno di una distinta cornice edittale<sup>77</sup>. Ed è in quest'ottica che si giustificava il diverso regime previsto dal comma 3 dell'art. 63 c.p. che, nella sua formulazione originaria, fissava appunto il principio della necessaria precedenza di applicazione delle «circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato».

Va detto, invece, che la nuova versione dell'art. 63, comma 3, c.p. – sostituendo, come si è visto, alle circostanze indipendenti quelle che comportano un aumento di pena superiore ad un terzo – dà vita ad una serie di incongruenze sistematiche di non agevole soluzione.

Basti pensare ai casi in cui una circostanza con variazione percentuale superiore al terzo (ora ad effetto speciale) concorra con una circostanza indipendente ad effetto comune: la necessità di dare precedenza alla prima, secondo le indicazioni legislative, ne determina infatti il suo successivo annullamento, «dato che il giudice, quale che

---

le, che veniva perciò assoggettato, *quoad poenam*, ad una disciplina particolare che lo sottraeva al giudizio di comparazione».

<sup>75</sup> *Contra* MELCHIONDA, *Le circostanze “indipendenti”*, cit., 195, per il quale la formulazione dell'art. 69, comma 4, c.p. è priva di qualunque rilevanza sistematica ulteriore, «perché, nel confermare il comune assoggettamento al giudizio di bilanciamento tale disposizione non fa altro che sottolineare una identità di disciplina che è così comune a tutte le circostanze; e, quindi, anche a quelle “non indipendenti” e “non autonome”».

<sup>76</sup> Parla di «ordine indifferenziato e a cumulatività indefettibile», PADOVANI, *Circostanze*, cit., 210.

<sup>77</sup> Cfr. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 163.

sia stato l'ammontare concreto di pena già determinato in applicazione della modificazione per quota o multiplo, deve ripetere *ex novo* l'operazione commisurativa all'interno dello spazio edittale inaugurato dalla circostanza indipendente»<sup>78</sup>. E analoghe incertezze si registrano anche là dove una simile circostanza concorra con un'altra della medesima tipologia o con una circostanza che determini un mutamento della specie di pena.

Per superare tali criticità si è proposto di continuare a considerare le circostanze indipendenti disciplinate come prima nell'art. 63, comma 3, c.p., ritenendo che la definizione normativa di effetto speciale sia da riferire esclusivamente alle circostanze con variazione frazionaria<sup>79</sup>; un'impostazione senz'altro più in linea con l'assetto sistematico del nostro codice e che tuttavia non può essere accolta, perché tale da determinare uno "strappo" alla lettera della legge non consentito dal rispetto del principio di legalità<sup>80</sup>.

### 5. *Il concorso omogeneo di circostanze: criticità ed incongruenze applicative*

La ridefinizione normativa delle circostanze "ad effetto speciale" ha conseguentemente circoscritto la categoria di quelle "ad effetto comune", che ad oggi, in via residuale, sono le sole circostanze per le quali la variazione di pena rimane confinata nei limiti di un terzo. Una posizione che, a dire il vero, si era già affacciata in dottrina prima dell'intervento legislativo e che – soprattutto nell'ottica di limitare gli effetti del giudizio di bilanciamento, anteriormente alla riforma del 1974 – operava appunto una differenziazione tra le circostanze riconducibili alla regola generale degli artt. 64, comma 1 e 65 c.p. e

---

<sup>78</sup> Così DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., 81.

<sup>79</sup> In dottrina, per quest'impostazione, DE VERO, *op. ult. cit.*, 83; ROMANO, *Pre Art. 59*, cit., 603; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418.

<sup>80</sup> In questi termini, Cass., sez. un., 27 aprile 2017, cit.; posizione condivisa anche da MELCHIONDA, *Le circostanze "indipendenti"*, cit., 197, che per ovviare agli inconvenienti segnalati in materia di concorso omogeneo, suggerisce di «ricalcolare in termini frazionari l'entità dell'aumento o della diminuzione, apprezzabile rispetto alla diversa cornice edittale del reato base e applicare tale variazione frazionaria nel computo delle altre circostanze omogenee concorrenti».

ogni altra circostanza che modificasse la pena sulla base di criteri, anche solo aritmeticamente, diversi<sup>81</sup>.

Attualmente, a seguito della riforma dell'art. 69 c.p., le conseguenze di tale distinzione si colgono esclusivamente sul piano del concorso omogeneo, e per le circostanze di carattere frazionario, limitatamente ai casi di concorso di circostanze tutte ad effetto speciale, per i quali operano i commi 4 e 5 dell'art. 63 c.p.<sup>82</sup>. In virtù di siffatta disciplina – a differenza dell'assetto originario che prevedeva per tali circostanze il cumulo materiale di cui al comma 2 – viene applicata soltanto la circostanza “più grave”, salvo la possibilità di una variazione aggiuntiva rimessa alla discrezionalità del giudice<sup>83</sup>.

Una simile soluzione trova il suo fondamento essenzialmente in ragioni equitative, per evitare che la «pena del reato circostanziato sia, in caso di concorso omogeneo di quelle circostanze, eccessivamente grave o eccessivamente tenue»<sup>84</sup>: una scelta opposta – specie per ciò che concerne le aggravanti – rispetto a quella prevista invece per le circostanze ad effetto comune. L'art. 63, comma 2, c.p., nello stabilire, infatti, che «se concorrono più circostanze [...] l'aumento o la diminuzione di pena si applica sulla quantità di essa risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente» adotta un meccanismo di computo di tipo progressivo per le aggravanti e regressivo per le attenuanti, produttivo di effetti sfavorevoli per il reo «perché comporta aumenti maggiori e diminuzioni minori»<sup>85</sup>, rispetto a quelli che deriverebbero dalla somma delle singole variazioni calcolate sulla pena-base: un'operazione, tra l'altro, non ricollegabile ad un diverso significato sul piano sostanziale, dal momento che «la circostanza calcola-

---

<sup>81</sup> MARINI, *Le circostanze*, cit., 188, secondo il quale una simile posizione tiene conto del «peso delle varie circostanze, peso espresso proprio dalla diversa frazione con cui è determinata la modifica alla pena del reato semplice», per evitare che nel caso di concorso eterogeneo di circostanze possa «la circostanza più carica di effetto soccombere di fronte a una circostanza ad efficacia ordinaria».

<sup>82</sup> Si è già visto, infatti, nel paragrafo precedente, come nel caso di concorso di circostanze con variazione frazionaria superiore al terzo e circostanze ad effetto comune sia indifferente l'ordine di applicazione delle singole modificazioni, trattandosi di circostanze tutte proporzionali.

<sup>83</sup> Al riguardo, secondo PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, 309, la disciplina prevista dai commi 4 e 5 dell'art. 63 c.p., trasforma la circostanza riconosciuta più/meno grave da circostanza ad efficacia speciale a circostanza facoltativa ad efficacia comune con variazione di pena elastica.

<sup>84</sup> V. CONCAS, *Il nuovo sistema*, cit., 2297; analogamente, PADOVANI, *Circostanze*, cit., 212.

<sup>85</sup> PADOVANI, *op. ult. cit.*, 211.

ta per seconda è pur sempre tale da incidere sulla sola pena base (giusta la regola dell'art. 63, comma 1, c.p.) e il suo concorso con un'altra circostanza non è certo, di per sé, indice di un maggior valore, o per converso, di un minor valore»<sup>86</sup>.

Ad ogni modo – indipendentemente dal criterio di calcolo prescelto per le circostanze ad effetto comune – è chiaro che i modelli del cumulo materiale e del cumulo giuridico rispondano a logiche profondamente diverse: mentre il primo riafferma la centralità delle scelte legislative, fissando l'obbligo di applicazione congiunta delle variazioni di pena, la regola del cumulo giuridico è improntata, invece, alla piena flessibilità, nell'ottica di un impiego inevitabilmente discrezionale del giudice, a cui viene riconosciuto di fatto il potere di azzerare gli effetti della circostanza ritenuta “meno grave”.

Ora, se il modello dell'assorbimento risultava, a ben vedere, pressoché imposto nei casi di circostanze autonome/indipendenti – stante l'impossibilità di applicare una pena unica in presenza di cornici edittali distinte – la modifica del 1984, estendendo tale regime anche alle circostanze proporzionali con variazione superiore ad un terzo, ha finito con il potenziare il divario tra le due opzioni, con il rischio di determinare divergenze irragionevoli sul piano applicativo, rispetto ai casi di concorso di circostanze tutte ad effetto comune<sup>87</sup>. Né, del resto, la necessità di contenere una variazione eccessivamente consistente della pena – obiettivo che come detto sembrerebbe rappresentare la *ratio* ispiratrice della riforma – può di per sé giustificare l'estensione del cumulo giuridico anche alle circostanze ad effetto speciale, provvedendo già a tal fine quanto previsto dagli artt. 66 e 67 c.p., con la fissazione di limiti quantitativi alla serie degli aumenti o delle diminuzioni<sup>88</sup>.

Ad oggi, quindi, la disciplina vigente in materia di concorso di cir-

---

<sup>86</sup> PADOVANI, *Circostanze*, cit., 211. In un'ottica *de iure condendo*, è favorevole ad un meccanismo di computo di tipo proporzionale e non progressivo, PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., 219 ss., per il quale «la circostanza deve relazionarsi direttamente con la fattispecie base», non comprendendosi «come a questa possa, viceversa, essere riconosciuta maggiore o minore capacità incisiva a seconda del momento dell'*iter* commisurativo in cui viene fatta operare».

<sup>87</sup> Osserva, al riguardo, PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, 226, come «rispetto a fatti di reato caratterizzati in maniera marcatamente differente dalla presenza di elementi circostanzianti si potrebbe giungere, infatti, a risultati numerico-quantitativi a dir poco paradossali», che potrebbero condurre ad applicare una pena finale maggiore per le ipotesi di concorso di circostanze ad efficacia comune rispetto ai casi disciplinati nel comma 4 dell'art. 63 c.p.

<sup>88</sup> Sul punto, ID., *Circostanze del reato*, cit., 229.

costanze sembra seguire direttive ambivalenti, che da un lato, valorizzano le istanze della legalità e, pertanto, l'obbligatorietà applicativa delle circostanze, e dall'altro – proprio con riferimento alle ipotesi più significative – riconoscono al giudice un'amplissima discrezionalità che gli consente, al pari di quello che avviene nel giudizio di bilanciamento, di "rimodulare" in un'ottica equitativa le valutazioni formulate in astratto dal legislatore.

## *6. Il nuovo volto delle circostanze ad effetto comune*

Alla riforma del 1984 si deve anche una significativa modifica che riguarda l'incidenza esercitata dalle circostanze ad effetto comune sul piano della determinazione legale della pena. L'impostazione originaria, sia del codice penale che di quello di procedura, era, infatti, caratterizzata dalla generale rilevanza di tutte le circostanze ai fini del computo della pena edittale previsto nella disciplina di importanti istituti: basti pensare, alle regole in materia di prescrizione, all'individuazione dei termini massimi di custodia cautelare, ai presupposti per l'applicazione dell'arresto in flagranza e del fermo di polizia giudiziaria, nonché alla normativa sulla competenza per materia del giudice.

L'impianto complessivo pareva dunque avallare quell'impostazione dottrinale orientata a riconoscere all'intera categoria delle circostanze del reato (e quindi non solo alle circostanze autonome/indipendenti) la natura di vere e proprie cause modificazione legale della pena<sup>89</sup>. La valorizzazione, infatti, degli effetti delle circostanze in una fase antecedente a quella della commisurazione sembrava confermare l'operatività dell'istituto sul piano astratto delle valutazioni normative, nella prospettiva di una più esatta rideterminazione del disvalore dell'illecito, con conseguente individuazione di nuovi limiti edittali.

Il cambio di rotta, iniziato nel 1984 sul versante processuale, e proseguito con la legge n. 251 del 2005 in tema di prescrizione, ha profondamente mutato il quadro normativo, operando una distinzione netta tra le circostanze ad effetto comune e le circostanze autonome e ad effetto speciale: solo a quest'ultime, infatti, il legislatore riserva effetti di portata edittale, mentre per le altre, vale la regola opposta dell'assoluta irrilevanza.

---

<sup>89</sup> STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 54.