

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO PENALE
DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI ROMA - LA SAPIENZA

12

STEFANO PREZIOSI

LA FATTISPECIE QUALIFICATA

CEDAM

Prof. Avv. Stefano Preziosi
Via Giuseppe Gioacchino Belli, 39
00193 Roma
Tel. 06.4541950 Fax 06.45472790
P. IVA 08307291008

U 42174566
LA FATTISPECIE
QUALIFICATA
STEFANO
PREZIOSI
PD - CEDATI

V. 00000156

STEFANO PREZIOSI - *La fattispecie qualificata*

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO PENALE
DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI ROMA - LA SAPIENZA

Nuova serie diretta da

Franco Cordero, Franco C. Coppi, Gilberto Lozzi, Fabrizio Ramacci
Delfino Siracusano, Giorgio Spangher, Mario Spasari, Alfonso M. Stile

STEFANO PREZIOSI

LA FATTISPECIE QUALIFICATA



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2000

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2000 by CEDAM - Padova

ISBN 88-13-23312-4

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

La Casa Editrice CEDAM S.p.A.
opera con un Sistema Qualità conforme alle norme
UNI EN ISO 9001 certificato da CISQ CERT con numero 1.354



Stampato in Italia - Printed in Italy

Grafiche TPM s.r.l. - Padova

ai miei genitori

"Allorché il reato venga descritto piuttosto che definito in mancanza di un concetto generale il legislatore sarà costretto a enumerarne le diverse fattispecie, e non potrà tener affatto in calcolo le varie circostanze criminose" (Ferrini, Il diritto penale romano).

Questo lavoro è stato effettuato con il contributo finanziario del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Per la sua realizzazione si sono resi necessari lunghi soggiorni di studio in Germania, presso l'Institut Für die gesamten Strafrechtswissenschaften dell'Università di Monaco. Desidero a tal proposito ringraziare vivamente i Proff. Claus Roxin e Klaus Volk, per la generosa ospitalità e per i suggerimenti che mi hanno guidato nell'elaborazione comparatistica. Un cordiale ringraziamento va inoltre al personale dell'Institut Für die gesamten Strafrechtswissenschaften per la disponibilità costantemente mostrata nei miei confronti.

Desidero rivolgere un pensiero e un ringraziamento sincero, in particolare al Direttore Prof. Fabrizio Ramacci, nonché ai Proff. Franco Coppi, Mario Spasari, Alfonso M. Stile, dell'Istituto di Diritto Penale dell'Università di Roma «La Sapienza», al quale mi onoro di appartenere. A loro va la mia riconoscenza per avermi guidato e sostenuto nell'attività scientifica, in un lungo tratto della mia vita.

Ringrazio sentitamente, altresì, la Dott. Cristina Gobbi, per la apprezzata e diligente revisione del testo e del materiale bibliografico in lingua tedesca.

Esprimo, infine, tutta la mia riconoscenza e amicizia a coloro che, in vario modo, mi sono stati vicino nel compimento di questa non facile opera.

INDICE GENERALE

CAPITOLO PRIMO

Due sistemi a confronto: qualificazioni aggravanti e responsabilità colpevole negli ordinamenti tedesco e italiano Pag. 1

CAPITOLO SECONDO

Reati qualificati e casi di speciale gravità o tenuità nell'ordinamento tedesco » 25

CAPITOLO TERZO

La fattispecie qualificata nell'ordinamento italiano: il fatto e la sanzione tra struttura e funzione » 47

CAPITOLO QUARTO

Qualificazioni del reato e disciplina dell'imputazione nell'ordinamento tedesco » 115

CAPITOLO QUINTO

Carattere accessorio e criteri di imputazione delle aggravanti nell'ordinamento italiano » 125

CAPITOLO SESTO

Commisurazione intraeditale e conseguenze aggravanti del fatto nell'ordinamento penale tedesco: genesi e sviluppi di un itinerario dogmatico e normativo » 141

CAPITOLO SETTIMO

Il quadro dogmatico delle circostanze aggravanti del reato nell'ordinamento italiano » 221

CAPITOLO OTTAVO

Premesse a uno studio comparatistico dei delitti qualificati dall'evento » 233

CAPITOLO NONO

Fattispecie qualificate e casi di speciale gravità nella Sesta legge di riforma del diritto penale tedesco » 245

CAPITOLO DECIMO

Conclusioni e prospettive di riforma » 305

INDICE SOMMARIO » 325

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI » 337

BIBLIOGRAFIA » 341

CAPITOLO PRIMO

DUE SISTEMI A CONFRONTO: QUALIFICAZIONI AGGRAVANTI E RESPONSABILITÀ COLPEVOLE NEGLI ORDINAMENTI TEDESCO E ITALIANO

SOMMARIO: La «vocazione» smarrita delle circostanze del reato nel diritto penale italiano.- La peculiarità delle circostanze aggravanti con riferimento al principio di *personalità-colpevolezza* della responsabilità penale.- L'analisi del rapporto fra *illecito e sanzione* in un quadro normativo ormai privo di identità.- Prodromi dell'analisi comparatistica.- Quattro punti fondamentali in sede di studio comparativo: a) se la commisurazione della pena sia una funzione della cornice edittale; b) se le circostanze del reato costituiscano un istituto derivato dalla commisurazione della pena; c) in ragione di che cosa sia possibile fondare una deroga per le aggravanti alla disciplina degli elementi essenziali del reato; d) se le soluzioni normative adottate in materia di imputazione dell'evento aggravante siano coerenti con la disciplina del concorso di reati.

A più di dieci anni dalla riforma del regime di imputazione delle aggravanti appare sempre più incerta la vocazione di tale istituto. La riforma del '74, senza rivedere organicamente le cornici edittali di pena ma ampliando il potere discrezionale del giudice, sembrava assegnare alle circostanze del reato una connotazione commisurativa. Anziché riformare le cornici edittali rimaste immutate dall'entrata in vigore del Codice, il legislatore italiano rendeva più duttile il regime applicativo delle circostanze e con ciò affidava alla prassi giudiziaria il compito di rimodellare il sistema sanzionatorio «effettivo». Naturalmente il risultato non poteva che essere spurio, perché una cosa è

la pena *editale* del reato, altro è la determinazione *giudiziale* della stessa.⁽¹⁾

D'altronde, che un *sistema* di sanzioni *legali* dovesse tenere conto delle cornici di pena risultanti dalle *qualificazioni* aggravanti e attenuanti del reato⁽²⁾, e che non potesse consentire la surrogazione

⁽¹⁾ Ci sembrano di grande significato e ancora molto attuali le parole di A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in «Il Tommaso Natale», 1979, 1469 ss., relativamente alla riforma del 1974. L'Autore, con riferimento alla Relazione del Governo secondo cui le innovazioni apportate dalla riforma avrebbero dovuto introdurre nel sistema uno strumento di *equità* in grado di attenuare l'ingiustificata severità di certe norme, osservava: «Ciò significa che si dà atto della inadeguatezza, nel senso della eccessiva severità, di alcune norme di parte speciale e che il potere discrezionale viene a costituire lo strumento posto a disposizione del giudice per alterare le conseguenze che la legge stessa prevede per certi reati. Ora, in un sistema ordinato e razionale la discrezionalità è lo strumento indispensabile per tener conto della realtà del caso concreto *all'interno del sistema* cioè per il 'proseguimento dell'opera del legislatore'; viceversa dall'affermazione riportata risulta chiaro che la discrezionalità viene intesa come strumento di rottura del sistema, per consentire di superare le previsioni della parte speciale dello stesso Codice senza modificarle direttamente» (*op. ult. cit.*, 1479, il corsivo è nel testo). L'Autore proseguiva affermando che l'ampliamento del potere discrezionale, nel contesto della riforma del 1974, rappresentava il «surrogato» di una ben più complessa riforma della parte speciale e che la soluzione offerta aveva acuito «una contraddizione interiore del sistema vigente» (*op. ult. cit.*, 1480). Crediamo che questa chiave di lettura della riforma del 1974, a molto tempo di distanza, debba essere pienamente condivisa ed è proprio da qui che intendiamo prendere le mosse. Come mostriamo nel testo la riforma del 1974 da un lato ha prodotto lo scardinamento del sistema sanzionatorio e dello stesso istituto delle circostanze del reato (da cui il sistema sanzionatorio nel nostro ordinamento è fortemente condizionato), dall'altro ha esasperato le contraddizioni (non poche e non di poco conto) già presenti nel Codice Rocco.

⁽²⁾ I progetti di riforma del diritto penale italiano, non sembrano aver prestato particolare attenzione a questo versante del sistema sanzionatorio. L'unico riferimento che è dato reperire si trova nella recente *Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 Ottobre 1998* (Commissione Grosso), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 600 ss., in cui al punto VIII.3. è scritto: «Nella determinazione dei minimi e dei massimi edittali individuabili nei confronti di ciascun reato si dovrebbero d'altronde introdurre criteri di razionalizzazione, quali la previsione di 'classi' di reati con cornici standardizzate (es., reclusione da due a quattro anni, da tre a cinque anni, da cinque a otto anni, ecc.), ovvero indicazioni di massima in ordine al rapporto che deve intercorrere tra il minimo e il massimo della pena (es., massimo non superiore al triplo del minimo e comunque scarto non superiore ad un determinato ammontare di anni o di mesi di pena detentiva)». Di questo tipo di indicazione non sembra, però, si sia tenuto conto nel *Progetto preliminare di riforma del codice penale - Parte generale*, approvato dalla Commissione il 12 settembre 2000. Sarebbe estrema-

del potere discrezionale⁽³⁾ in tale compito, è cosa fuori dubbio anche in in altri ordinamenti, come dimostra appunto lo studio del diritto tedesco⁽⁴⁾.

mente importante che il legislatore italiano, con riferimento a tutta la ampia tematica dei reati circostanziati e dei reati aggravati dall'evento, pensasse alla razionalizzazione delle *comminatorie di pena*, che significa anche, come prospettato dalla citata relazione della *Commissione Grosso*, individuare un *numero chiuso di cornici di pena*, che rappresenterebbe una griglia certa di *misure* entro cui collocare le sanzioni: in un diritto penale informato alla tutela dei beni giuridici, la proporzione fra importanza ed entità della violazione da un lato, e misura della sanzione dall'altro, rimane puramente illusoria in difetto di un previo ordine certo di misure della sanzione: la misura deve venire prima del misurato e senza un sistema di *grandezze* predeterminato non può esservi alcuna *proporzione di misure*. A parere di chi scrive qualsiasi riforma in materia che non dovesse tener conto di tale aspetto, sarebbe vana o almeno poco razionale. Purtroppo l'articolato presentato dalla stessa Commissione ministeriale presieduta da C. F. GROSSO (*Progetto preliminare di riforma del codice penale - Parte generale*, su cui *infra*, ultimo capitolo) sembra aver abbandonato il proposito espresso nella Relazione presentata l'anno prima (15 luglio 1999).

⁽³⁾ In ordine ai rapporti fra i sistemi sanzionatorio e commisurativo, su cui torneremo nell'ultimo capitolo di questo lavoro per quanto ne compete, appaiono di primario interesse nella nostra prospettiva, gli studi relativi al *coordinamento di fase* e alla *stabilizzazione del sistema sanzionatorio*. In dottrina si è rilevato che un *modello di commisurazione* plausibile è condizionato dalla *stabilizzazione della scala sanzionatoria* (L. MONACO - C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 452). In questa direzione viene proposto l'inserimento, nelle *comminatorie di parte speciale*, di tipi sanzionatori diversi dalla detenzione e più in generale di un modello sanzionatorio *sostitutivo* c.d. autonomo. Questo modello presuppone da un lato l'eliminazione o la riduzione dei poteri commisurativi in *fase di esecuzione*: la commisurazione della pena che, seppure in senso improprio, trova largo spazio nel momento dell'esecuzione dovrebbe essere ridotta al minimo. Dall'altro lato le *comminatorie di pena della parte speciale* dovrebbero prevedere oltre alle pene in senso stretto anche le *alternative* alla pena, sulla base di indicazioni legislative vincolanti ed empiricamente fondate. C'è da osservare al riguardo che i *tipi sanzionatori non detentivi* sono già in parte fissati nelle *comminatorie di parte speciale*: affermando che le *comminatorie* dovrebbero prevedere *direttamente* tipi sanzionatori non detentivi si vuole in realtà dire - per evitare l'ovvietà - che la previsione normativa di parte speciale dovrebbe farsi carico di *tutte le alternative alla pena detentiva*, comprese quelle che non trovano attualmente cittadinanza fra le sanzioni penali perché sono pertinenti al momento esecutivo o, comunque, da questo *assorbite*, in ragione della competenza sempre più vasta devoluta dal legislatore al giudice dell'esecuzione, come ad esempio in materia dei cosiddetti *istituti sospensivi*. Questa tematica si collega strettamente alle prospettive politico-criminali del nostro tema, poiché le qualificazioni di fattispecie, in prospettiva di riforma, possono essere utilizzate e considerate in vista di una *stabilizzazione della scala sanzionatoria*, ossia prevedendo

per le singole qualificazioni comminatorie edittali di pena e/o alternative alla pena. Questo comporterebbe in primo luogo un recupero di legalità rispetto a una «commisurazione» anomala svincolata dall'accertamento del fatto commesso e da ogni parametro legale; poi, conferirebbe ai tipi legali di reato una attitudine selettiva maggiore, ricollegando gli scopi preventivi della pena non solo al modello base di illecito, ma anche alle *costanti criminologiche* attraverso cui esso si manifesta: le qualificazioni troverebbero cioè la loro legittimazione formale nella legge e il loro supporto razionale nel dato empirico. Con questa maggiore *potenza selettiva*, attraverso la qualificazione sarebbe allora possibile ridurre al minimo l'incertezza e la discrezionalità nella scelta della misura e dei *tipi di sanzione*, guadagnando la *stabilizzazione sanzionatoria* indicata come condizione indispensabile di ogni modello commisurativo plausibile: la qualificazione sarebbe in grado di anticipare il momento commisurativo legandolo a finalità preventive *vincolate al dato empirico cristallizzato nella fattispecie qualificata*. D'altronde *una proposta di questo tipo deve rifiutare in limine ogni modello commisurativo che pretenda di rinunciare al dato empirico a favore di un orientamento esclusivamente teleologico*, ove la priorità verrebbe assegnata agli scopi e la *significatività degli indici di gravità* in sé considerati rimarrebbe del tutto marginale.

⁽⁴⁾ All'indomani della Seconda legge di riforma del diritto penale tedesco (2. StrRG del 4 luglio 1969, che sostituiva quasi integralmente la parte generale del Codice: parte generale che entrerà in vigore soltanto il 1° gennaio 1975 mediante la *legge introduttiva del codice penale del 2 marzo 1974 - EGSStGB*, con contenuti pressoché immodificati rispetto alla 2. StrRG; cfr., in argomento, S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale, L'Alternativ - Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, 2 ss.; M. C. DEL RE, *Il nuovo codice penale tedesco. Profili sistematici*, Milano, 1984, 20 ss.) e prima dell'ultima Sesta legge (6. StrRG del 26 gennaio 1998) e degli interventi che la hanno preceduta e ispirata (*amplius*, cap. IX), il numero dei tipi di pena (*Strafandrohungstypen*) risultava in Germania notevolmente ridotto. Con l'espressione *Strafandrohungstypen* si indicano sia la specie della pena che la *cornice*, ossia la sua estensione quantitativa da un minimo a un massimo. La possibilità di ridurre tutte le *previsioni di pena* a un numero definito e ragionevole di tipi (nell'ordine, ad esempio, degli attuali venticinque o trenta previsti nell'ordinamento tedesco), consente la *sistematizzazione e razionalizzazione* del sistema sanzionatorio. Infatti i *tipi* sono formati in modo che, ad esempio, se la legge commina il massimo previsto per una determinata specie di pena (ad esempio: quindici anni di pena privata della libertà personale), corrisponda, generalmente, sempre lo stesso minimo edittale o, almeno, un minimo situato all'interno di una determinata fascia. Così, ancora, rispetto alle fattispecie qualificate è possibile individuare dei tipi agganciando la misura dell'aumento o della diminuzione alla pena prevista per la violazione della fattispecie base e prevedendo, corrispondentemente, un aumento uniforme della pena minima: cfr. sul punto la dettagliata disamina di A. MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin, 1983, 48 ss. L'opera di sistematizzazione può spingersi fino a certi gradi, essere cioè più o meno onnicomprensiva e dettagliata, e può seguire diversi criteri di razionalizzazione. All'indomani della riforma del diritto penale tedesco del 1975 da alcuni si parla di un «catalogo fermo» (*fester Katalog*) di *Strafandrohungstypen*: cfr. sul

La riforma del '90 sembrava invece muovere nella direzione opposta, all'insegna dell'ampliamento del concetto di *responsabilità penale*⁽⁵⁾, includendovi anche la responsabilità per le circostanze ag-

punto le considerazioni di A. MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, cit., e le opinioni ivi riportate, sia con riferimento alla sistematica dei *Grunddelikte* (48 ss.), che con riferimento a quella dei *besonders schwere Fälle* e dei *minder schwere Fälle*, con relative suddivisioni (51 ss.). Relativamente ai delitti qualificati dall'evento ne viene invece segnalata una certa asistematicità, nel senso che essi si lasciano interpretare come particolari (*außerordentliche*) casi di speciale gravità: «*Im übrigen aber geben die Strafrahmen der erfolgsqualifizierten Delikte nichts zur Bestimmung der besonders schweren Fälle her. Die erfolgsqualifizierten Delikte lassen sich einigermaßen systemkonform nur als «außerordentliche» besonders schwere Fälle deuten. Ihnen kommt damit zunächst einmal ein Ausnahmecharakter zu*», *op. ult. cit.*, 58. In realtà in Germania, come si vedrà nel cap. IX, l'opera di sistematizzazione e armonizzazione delle cornici edittali di pena ben lungi dall'essere compiuta, sia perché neanche il legislatore della 6. StRG ha voluto affrontare definitivamente il problema, sia perché gli interventi normativi a carattere parziale dettati da esigenze di contrasto alla criminalità grave e organizzata, hanno alterato significativamente il quadro sanzionatorio preesistente. Compito dichiarato della Sesta legge di riforma sarà infatti proprio, se non riportare a sistema coerente e razionale tutte le comminatorie di pena, almeno *armonizzarle*, cercando di eliminare o ridurre le più vistose anomalie e incoerenze accumulate nel tempo.

⁽⁵⁾ Sul concetto di *responsabilità penale* con riferimento alla tematica affrontata nel testo, cfr. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, spec. 706 ss., in nota a *Corte cost.*, n. 364/1988, *ivi*, 686 ss. All'indomani della nota sentenza l'Autore sottolineava che le affermazioni contenute nella motivazione della Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità dell'art. 5 c.p., - secondo cui l'imputazione soggettiva per dolo o colpa è necessaria in relazione a tutti gli elementi significativi della fattispecie o fondanti rispetto all'offesa - lasciavano aperta la questione se la significatività «degli elementi della fattispecie oggettiva deve essere saggiata in una ulteriore, quanto mai concreta direzione: vale a dire, 'rispetto alla pena'» (706). Partendo dall'idea che «nella questione dei criteri e dell'ambito dell'imputazione soggettiva, i due profili della fondazione dell'illecito e della determinazione della pena per così dire convergono» (*op. ult. cit.*, 707), il PULITANÒ si chiedeva se gli elementi della fattispecie oggettiva (in senso lato, comprendente il fatto tipico, le condizioni di punibilità, le circostanze aggravanti) «dai quali dipende, non l'illiceità del fatto ma comunque la misura o una variazione significativa della misura della pena» debbano essere considerati come elementi significativi ai fini dell'affermazione della *responsabilità personale colpevole* (*ibidem*). L'approccio suggerito era nel senso che il principio di personalità non può essere ridotto a «principio di struttura dell'illecito», poiché esso è «un principio regolativo del rapporto fra l'illecito e la responsabilità che ne consegue» (*op. ult. cit.*, 108): «quando si tratta di eventi 'significativi rispetto alla pena' - nel senso la misura di questa è influenzata, o quanto meno 'significativamente influenzata' dal loro verificarsi - il dubbio di compatibilità fra

gravanti e predisponendo per esse un meccanismo di imputazione soggettiva. Di per sé l'intervento poteva apparire neutrale, volto alla piena attuazione del principio di personalità-colpevolezza della responsabilità penale⁽⁶⁾. In realtà, però, questa riforma cadeva in un tessuto normativo - quello delle circostanze del reato - ormai privo della sua identità originaria, non solo perché il legislatore aveva fatto delle circostanze lo strumento per forzare *dal versante della prassi* il sistema delle pene edittali, ma anche perché il rapporto fra *illecito* e *sanzione* disegnato nel codice Rocco era divenuto del tutto incerto. Motivo di tale incertezza erano naturalmente sia la dilatazione oltre ogni ragionevole misura degli spazi edittali di pena, che il correlativo ampliamento, anch'esso oltre misura, del potere discrezionale giudiziale; ma erano, e sono, motivo di forti ambiguità anche numerose incertezze dogmatiche.

In tanto sarebbe stato possibile definire i criteri di imputazione delle aggravanti, in quanto fosse sufficientemente determinato: a) se la commisurazione della pena sia una funzione della cornice edittale *a prescindere dal fatto che i parametri siano legalmente fissati oppure no*, e, conseguentemente, se gli elementi dai quali dipende la commisurazione medesima debbano seguire una *disciplina omoge-*

l'imputazione in chiave oggettiva e i principi costituzionali di garanzia non può essere eluso» (*op. ult. cit.*, 709 s.). È giunto il momento di raccogliere questi spunti e di affrontare conseguentemente i problemi posti già allora dall'Autore - ai quali finora non è stata data risposta - considerando analiticamente tutto il quadro della disciplina positiva e la sistematica in cui si collocano le circostanze aggravanti del reato. L'esame comparatistico mostrerà che i rapporti fra *Strafbegründungsschuld* e *Strafzumessungsschuld* sono il precipitato di *opzioni* dogmatiche di fondo caratteristiche dei singoli ordinamenti, e che uno studio proficuo dell'argomento non può prescindere dal metterle in evidenza. La revisione dell'art. 59 c.p., del resto - in merito alla quale l'Autore ricordava il progetto di riforma della parte generale del codice penale del 1973 - è ancora orfana nel nostro ordinamento non solo di una riforma di tutto il sistema dei rapporti fra illecito e sanzione, ma anche di un esame scientifico aggiornato sulle qualificazioni aggravanti del reato.

⁽⁶⁾ Per tale orientamento, secondo cui un'applicazione consequenziale del principio di personalità della responsabilità «dovrebbe comportare precisi riflessi anche in tema di circostanze aggravanti ed attenuanti la pena», A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1332; C. F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Nss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 714 s.

nea quanto a imputazione rispetto a quella degli elementi essenziali del reato; b) se le circostanze del reato costituiscano o non un istituto derivato e normativamente dipendente dalla commisurazione della pena e, quindi, se l'idea di *reato aggravato* (o *attenuato*) debba intendersi in chiave commisurativa; c) in ragione di che cosa sia possibile fondare una deroga alla disciplina generale degli elementi essenziali del reato riguardo a talune qualificazioni aggravanti, in special modo ai reati qualificati dall'evento, senza perdere di vista la specificità dell'ordinamento italiano, il quale conosce e disciplina elementi *non* essenziali del reato e *non* pertinenti alla commisurazione della pena; d) se le soluzioni normative adottate in materia di imputazione dell'evento aggravante appaiano o non coerenti con la disciplina del concorso di reati: è da tali punti che si dipartono le questioni più significative.

Questi interrogativi rappresentano anche la base di partenza della nostra indagine comparativa. Mettiamoli a fuoco prima di intraprendere il cammino.

a) Se la cornice edittale è espressione della gravità del fatto e della colpevolezza del reo, e se la commisurazione è una funzione della cornice edittale, non i soli elementi della fattispecie *devono essere ascrivibili alla colpevolezza*, ma anche tutti quelli che concorrono alla connotazione di gravità del fatto, pure se non siano previsti dalla disposizione incriminatrice o da altre regole *codificate* di commisurazione della gravità del fatto o della colpevolezza del reo.

La cornice edittale, dunque, implica la commisurazione della pena, non solo e non tanto perché essa contiene una geometria variabile fra un minimo e un massimo, ma perché la cornice è espressione di una scala di gravità (*Schwereskala*)⁽⁷⁾ o di uno spazio

⁽⁷⁾ L'affermazione secondo cui nello *Strafrahmen* sarebbe presente una scala di gravità indica quanto stiamo esprimendo nel testo, ossia che la cornice di pena *non pone soltanto i confini esterni della valutazione giudiziale*, ma anche la possibilità, in sede di commisurazione, di enucleare una misura di pena corrispondente alla colpevolezza del reo: secondo i postulati della *Stellenwerttheorie*, o *Theorie der Punktstrafe*, a ciascun fatto concretamente realizzato corrisponde un *punto* ricompreso nella cornice di pena, il quale indica la misura della colpevolezza del reo: «*Nach der Theorie der Punktstrafe oder der Stellenwerttheorie bestimmt das Maß der Schuld ausschließlich*

(*Spielraum*)⁽⁸⁾ all'interno del quale si formano valutazioni che pertengono tutte all'illecito e alla colpevolezza *anche se gli elementi di fatto su cui si fondano tali valutazioni non appartengono alla fattispecie legale*⁽⁹⁾. Questa sembra essere, come vedremo analiticamente

die Höhe der Strafe. Das verschuldete Unrecht wird zunächst innerhalb des vom Gesetz zur Verfügung gestellten deliktspezifischen Strafrahmens in Strafquanten ausgedrückt (z.b.: 4 Monate, 1 Jahr, 3 Jahre). Erst danach, in einem zweiten Schritt, wird die Prävention berücksichtigt: diese hat also niemals Einfluß auf die Höhe der Strafe, sondern lediglich darauf, ob und in welcher Art die Schuldangemessene Strafe zu verhängen oder gar zu verbüßen ist, ob also von Strafe abgesehen werden kann (§ 60 StGB), ob Verwarnung mit Strafvorbehalt am Platze ist (§ 59 StGB), ob Geldstrafe statt Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann (§ 56 StGB)», G. SCHÄFER, Praxis der Strafzumessung, München, 1990, 126. Di una scala di valore continua di tutti i possibili casi alla quale il giudice è vincolato e nella quale sarebbe possibile identificare un punto medio (Durchschnittsstrafe) in corrispondenza di un caso mediano (Durchschnittsfall), si parla da più parti, ma non unanimemente nella dottrina tedesca: cfr. BRUNS, Über die «Bewertungsrichtung» negativ formuliert Strafzumessungstatsachen, in JR, 1987, 92, circa la distinzione fra il concetto teoretico di caso intermedio (Durchschnittsfall) e il concetto effettivo: mentre il primo corrisponde al valore aritmetico intermedio, il secondo è situato all'incirca nel valore corrispondente a un terzo della cornice edittale, e verso questo secondo valore si orienta in molti casi anche la giurisprudenza.

⁽⁸⁾ La teoria dello *Spielraum* (*Spielraumtheorie*), come è noto, tenta di risolvere le antinomie funzionali, e di ridurre i contrasti fra le diverse teorie della pena. Essa non si oppone all'impostazione precedente, ma tenta di renderla compatibile con le funzioni preventive della pena individuando in luogo di una *Punktstrafe* quale misura richiesta dalla colpevolezza, una *Strecke*, ossia una *Rahmenstrafe*, all'interno della quale le misure di pena sono proporzionate alla colpevolezza del reo e alla finalità di espiazione. Questa varietà di misure tutte adeguate quanto a finalità espiativa, consente anche una commisurazione funzionale alle finalità preventive, rendendo così queste ultime compatibili con la prima: cfr. H. J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, II ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, 263. Anche in questo quadro teorico, sicuramente più aderente al diritto positivo vigente tedesco, non muta il riferimento costante della commisurazione al momento contenutistico dell'illecito.

⁽⁹⁾ È interessante fare un primo accenno a questo proposito ai profili dell'accertamento delle circostanze dalle quali dipende la commisurazione della pena in Germania. Si distinguono infatti *Strafzumessungstatsachen* (*reale Strafzumessungsgründe*) da *Strafzumessungserwägungen* (*logische Strafzumessungsgründe*): le prime rappresentano circostanze rilevanti che sono conoscibili secondo le regole del processo penale, e in quanto tali ne seguono le regole anche sotto la considerazione del principio *in dubio pro reo*; le altre, invece, non possono essere accertate secondo tali regole perché il loro significato attenuante o aggravante dipende dalle condizioni del singolo caso da giudicare; cfr., anche con riferimento alla possibilità di considerare il significato

in seguito, la soluzione prescelta dall'ordinamento tedesco e rappresenta una delle possibili opzioni di fondo di qualsiasi modello commisurativo della sanzione.

b) Al contrario, se la commisurazione della pena è concepita come uno spazio valutativo affidato al giudice *non quale prolungamento ideale della valutazione effettuata dal legislatore, ma quale correttivo dell'astrattezza di quest'ultima*, la cornice edittale rappresenta un *limite esterno* alla discrezionalità giudiziale e la regola di imputazione degli elementi in base ai quali la pena viene in concreto commisurata non deve necessariamente corrispondere a quella degli elementi del reato. Questa conclusione sembra - al livello ancora provvisorio e congetturale - fatta propria dall'ordinamento italiano.

Se ora iniziamo a ricapitolare quanto osservato fino adesso, ci accorgiamo che iniziano a stagliarsi due possibili opzioni di fondo, divergenti fra loro. La comparazione fra l'ordinamento italiano e quello tedesco ci consente una puntuale messa a fuoco dei connotati fondamentali di entrambi, proprio sulla base delle divergenze riscontrabili.

Così, estendendo la visuale dalla *commisurazione* alle *circostanze* in senso tecnico, quindi volgendo lo sguardo verso la situazione peculiare all'ordinamento italiano, possiamo pervenire - sempre in via provvisoria - ad una conclusione simile a quella indicata poc'anzi con riferimento alla commisurazione nel diritto italiano, ossia ad escludere che gli elementi circostanziali accedano all'illecito secondo uno schema valutativo omogeneo alla fattispecie costitutiva, ancorché inespreso da quest'ultima. Ciò perché, nell'ordinamento italiano, relativamente ai fatti che comportano una modificazione qualitativa o quantitativa della pena edittale, una volta escluse la riconducibilità agli elementi essenziali (specializzanti) di una diversa figura di illecito, non si pone neanche il problema della loro qualità e della disciplina applicabile, in quanto la

aggravante della mancanza di una circostanza *attenuante* e il significato attenuante della mancanza di una circostanza *aggravante*, K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, XXII ed., München, 1997, *sub* § 46, 300, 32.

risposta è *in re ipsa*: sono circostanze del reato, quindi elementi accessori di questo che servono per correggere l'astrattezza del modello legale⁽¹⁰⁾, e seguono una regola di imputazione e una disciplina complessiva diverse da quelle degli elementi essenziali.

⁽¹⁰⁾ A questo riguardo appare doveroso il richiamo a una tematica aristotelica di non secondaria importanza: «tra i discorsi che trattano le azioni, quelli generali sono più comuni, quelli particolari invece più veritieri, poiché le azioni riguardano i fatti particolari ed è necessario accordarsi con essi» (*Etica nicomachea*, 7, 1107a, 30, trad. it. a cura di L. CAIANI, Torino, 1996). Aristotele collega questa affermazione all'altra, secondo cui non ogni azione né ogni affezione ammettono lo stato intermedio, poiché «alcune sono collegate immediatamente nel loro nome con la malvagità: per esempio la malevolenza, l'impudenza, l'invidia e l'adulterio, il furto, l'omicidio» (*ivi*, 10); tutte queste azioni si denominano così perché sono cattive in se stesse, non perché siano cattivi il loro eccesso o il loro difetto. È dunque un errore «ritenere che esistano una via di mezzo, un eccesso e un difetto anche nel commettere ingiustizia» (*ivi*, 20). Questi passi vanno letti alla luce della teoria aristotelica dell'equità: «La difficoltà è creata dal fatto che l'equo è giusto, ma non secondo la legge, bensì è un correttivo del giusto legale. Causa ne è il fatto che ogni legge è qualcosa di universale, mentre in alcuni casi particolari non è possibile esprimersi in universale in modo corretto. Nelle cose nelle quali, dunque, è necessario parlare in universale, ma non è possibile farlo correttamente, la legge prende in considerazione ciò che è per lo più, non ignorando quel che è sbagliato. Ed essa non è per niente meno corretta, poiché l'errore non è nella legge né nel legislatore, ma nella natura della cosa: tale è infatti nella sua natura intrinseca la materia di ciò che è oggetto d'azione» (*op. ult. cit.*, 14, 1137b, 11-19). La materia di ciò che è oggetto d'azione, la prassi, deve essere regolata in universale, ma *l'universale non è la perfezione dell'azione umana*; al contrario la sua perfezione è misurata secondo un parametro più elevato, che per Aristotele è l'equità, la quale per sua natura attinge nel concreto, non nell'universale né nell'astratto. Per quel che ci interessa in questa sede è importante sottolineare non già la presenza o l'assenza in uno o altro ordinamento positivo vigente di un modello di giustizia di tipo aristotelico, il che sarebbe naturalmente antistorico, ma la presenza di una problematica individuata da Aristotele e i cui termini essenziali si ravvisano anche nello studio di un ordinamento penale contemporaneo. Del resto l'eco della problematica aristotelica ci sembra ben percepibile in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p.g., II, Firenze, 1902. L'insigne criminalista muovendo, come noto, da premesse giusnaturalistiche, afferma in via di principio che «per l'eterno precetto della legge di natura» il principio *positivo* della tutela del diritto è subordinato al criterio *negativo o limitativo* della giustizia; in ragione di ciò la pena deve avere determinate caratteristiche (*op. ult. cit.*, § 646, 15). Ancora più precisamente, poiché «il diritto è *assoluto e immutabile*» la condizione di tale assolutezza è che «L'assoluto nel giure sta nei principi: non nei modi della loro applicazione, che debbono naturalmente variare» (*op. ult. cit.*, § 745, 175 s., i corsivi sono dell'Autore). I principi e dunque l'assolutezza e la giustizia del diritto non sono enucleabili dal diritto positivo. Perciò «la giustizia penale non è che un criterio *limitativo* del giure penale (*op. ult. cit.*, § 704,

Ergo, argomentando *a contrario*, in un sistema in cui la commisurazione rappresentasse una valutazione omogenea alla fattispecie d'illecito, non vi sarebbe posto per le circostanze quali elementi accessori del reato, in quanto non sorgerebbe alcuna difficoltà a lasciar dipendere le modificazioni della sanzione edittale dalla commisurazione stessa, e le circostanze modificative della sanzione edittale si identificherebbero con gli elementi commisurativi della pena in funzione della gravità del reato e/o della pericolosità del reo: è proprio quanto avviene nell'ordinamento tedesco, al quale è appunto sconosciuta la categoria degli elementi accessori del reato *come oggetto di disciplina autonoma e di deroga alle regole generali sull'imputazione*.

113). In questo senso le cause che modificano la sanzione penale sembrano poter essere limitative in un duplice senso. In primo luogo perché concorrono a realizzare il fine ultimo della giustizia penale che è costruito dal *bene sociale*, non dalla giustizia assoluta, il quale talvolta è raggiungibile rinunciando all'ordinario rigore della pena in un dato caso, quantunque tale rigore sia consentaneo a quella giustizia (*op. ult. cit.*, § 703, 112). D'altronde, la giustizia stessa può pretendere, nel caso concreto, un maggiore o minor rigore proprio perché la pena prevista dalla legge può rivelarsi imperfetta, cioè non giusta secondo i principi immutabili del giure punitivo: «Nei casi ordinari, e per la comune de delinquenti, il rapporto di proporzione fra il male della pena e il male del delitto è quello stabilito dalla legge. Ma sorgono dei casi straordinari che alterano cotesto rapporto per eccezionali condizioni in cui trovisi quel tale individuo che deve punirsi. Allora vuole giustizia che in obbedienza al principio se ne modifichi l'applicazione» (*op. ult. cit.*, § 722, 144 s.). In questo senso gli echi della problematica aristotelica sono evidenti; non tanto o soltanto per lo spazio che trova la valutazione concreta del fatto «in situazione», quanto piuttosto per il rapporto *limitativo* del diritto penale con la giustizia. Rapporto che in Carrara assume, come si segnalava, una duplice direzione: nel senso di limitazione *della giustizia* da parte del diritto positivo, in funzione dello scopo immediato di quest'ultimo di garantire il bene e l'ordine sociale - al limite: il disordine minore (*op. ult. cit.*, § 723, 113) - e non altro; nel senso di *limitazione* del diritto positivo da parte della giustizia, quando l'applicazione di una pena appaia ingiusta e, perciò, intollerabile. L'importanza di tali affermazioni, dal punto di vista storico, può essere colta pienamente nel prosieguo della trattazione, in sede di studio comparatistico. Si vedrà infatti che esse non sono affatto condivise nella riflessione giuridica tedesca coeva e successiva dello stesso secolo. *Il dato di fondo che emerge è costituito a nostro avviso dal carattere estrinseco delle cause modificatrici della sanzione rispetto all'illecito penale come ente giuridico*. Ciò che, evidentemente, sembra costituire il presupposto dogmatico, il modello originario della distinzione fra *accidentalia* e *essentialia* del reato, quindi dell'impianto delle codificazioni italiane.

A questo riguardo bisogna prestare la massima attenzione; l'approfondimento della tematica, *relativamente all'ordinamento italiano ma alla luce dell'indagine comparatistica*, ci situa infatti sul crinale di due distinti problemi, collegati fra loro e bisognosi di un'indagine integrata.

Il primo (A), ampiamente affrontato dalla dottrina italiana, riguarda il rapporto fra circostanze del reato e commisurazione in senso stretto, a proposito del quale sia sufficiente ricordare che le circostanze «sono elementi di valutazione legale del reato ed incidono sulla pena minacciata prima che sulla pena commisurata»;⁽¹¹⁾ inoltre, mentre le circostanze trovano una compiuta e dettagliata disciplina *alternativa* a quella degli elementi essenziali, ciò non si può dire per i parametri di commisurazione, nonostante la loro espressa previsione per legge. Pertanto occorre evitare qualsiasi confusione fra le circostanze in senso tecnico e i parametri di valutazione della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo di cui all'art. 133 c.p.⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 54-55, il quale fonda tale conclusione sul riscontro della disciplina della prescrizione *ex art. 157, II, c.p.*, la quale nel nostro Codice non ha alcun rapporto con la *pena concreta*.

⁽¹²⁾ Le opinioni sul punto, come è noto, sono discordi. Significativa la posizione di G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, secondo cui la funzione delle circostanze ad efficacia comune si differenzerebbe da quella delle circostanze ad efficacia speciale, in quanto le prime opererebbero sul piano della commisurazione giudiziale della pena, mentre le altre su quello della determinazione legale della pena (cfr. specialmente 119 ss.); cfr., altresì, dello stesso Autore, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, spec. 79 ss. In sede di *Progetto preliminare di riforma del codice penale* redatto dalla Commissione ministeriale presieduta da C. F. GROSSO (cfr. *supra*, nota 1 e, *amplius*, ultimo capitolo), le circostanze del reato vengono ascritte al sistema della commisurazione della pena (cfr. *Relazione al Progetto preliminare di riforma*, cit., 3.2., 54, ove si legge che «in considerazione della funzione dell'istituto, esso è stato collocato... nel titolo relativo alla pena, in stretto raccordo con il tema della commisurazione»). In realtà, come vedremo meglio in seguito, il raccordo fra commisurazione e circostanze del reato è solo in modo parziale operato sul piano della assimilazione funzionale delle prime alla seconda, posto che l'incidenza delle circostanze continua ad essere, come nel Codice vigente, non direttamente sulla pena edittale ma sulla pena determinata in concreto dal giudice. Si vedrà in seguito perché questo modello non consente di configurare le circostanze quali criteri legali di commi-

Questa conclusione, pienamente condivisibile, sembrerebbe collidere con la precedente affermazione, per la quale tanto le circostanze quanto la commisurazione mostrano di avere in comune la loro estraneità allo schema valutativo della fattispecie d'illecito⁽¹³⁾. Tale comunanza lascerebbe allora pensare ad una sostanziale affinità fra le due categorie, piuttosto che a due campi reciprocamente demarcati; così da revocare in dubbio anche l'attinenza delle circostanze alla «pena minacciata» prima che alla «pena commisurata».

In realtà il dato comune ora posto in evidenza è solo di ordine negativo, è rappresentato cioè dall'estraneità allo schema valutativo e alle regole di disciplina della fattispecie d'illecito tanto delle circostanze in senso stretto quanto del momento commisurativo vero e proprio; non sussiste, invece, un dato comune fondativo dei due ambiti, che rimangono distinti sia nei rispettivi caratteri che nelle funzioni di ciascuno.

Veniamo, così, al secondo problema (B), che rappresenta il cuore dell'indagine. Una volta affermata la pertinenza delle circostanze alla pena minacciata e che, dunque, esse non devono essere confuse con i parametri commisurativi a norma dell'art. 133 c.p. - o altrimenti denominati, secondo una terminologia che avremo cura di evitare, *circostanze improprie* -, in primo luogo non si è ancora detto nulla circa il rapporto fra gli elementi circostanziali e la fattispecie d'illecito: a) se si tratti, cioè, di uno schema unitario cui concorrono congiuntamente l'elemento essenziale con quello accessorio, ovvero se, al contrario, l'elemento circostanziale abbia esclusivamente un *rilievo funzionale sulla sanzione*, o, ancora, se le due cose non siano combinate insieme in qualche maniera; b) in secondo luogo non si è ancora precisato se e a quali condizioni si possa parlare dell'illecito come di una entità *commisurabile*, di cui la pena, cioè, debba riflettere la *quantità* in misura corrispondente; c) infine, non si è nemmeno stabilito se pure le circostanze vere e proprie siano deputate a *misurare* il singolo fatto illecito e, in questo senso, se concorrano

surazione, quindi la loro assimilazione funzionale al sistema commisurativo.

⁽¹³⁾ Su questo punto *amplius*, cap. III.

anch'esse alla funzione «commisurativa», ma in una prospettiva diversa dalle cosiddette circostanze improprie.

La risposta a tali problemi - su alcuni dei quali la scienza penalistica ha indagato molto e approfonditamente - presuppone a nostro avviso, però, un'indagine mancante nella dottrina italiana - ma anche, per molti aspetti, in quella tedesca, come vedremo più avanti. Il problema che non è stato affatto esaminato in Italia e che ci sembra prodromico, concerne il *carattere della commisurazione*, nei termini sinteticamente espressi poc'anzi: la connotazione dogmatica della commisurazione *rispetto all'illecito*. La quale è questione solo parzialmente afferente a quella delle *funzioni della pena*, poiché tanto questa quanto quella rientrano nella tematica dei *rapporti fra illecito e sanzione* ma ciascuna sotto prospettive diverse anche se speculari l'una all'altra. La dottrina si è impegnata fino adesso solo in una delle due prospettive (ossia della *commisurazione in rapporto alle funzioni della pena*), non anche nell'altra, che costituirà oggetto del nostro studio (ossia del *rapporto fra commisurazione della pena e fattispecie d'illecito*). Che, più sinteticamente, è studio relativo al *fatto* e alla *sanzione* nella struttura dell'illecito penale.

Tentiamo di mettere a fuoco il tema definendo e anticipando i termini della questione relativamente all'ordinamento italiano.

L'affermazione secondo cui le circostanze del reato non condividono il momento commisurativo della pena in senso stretto⁽¹⁴⁾ po-

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 56 s., secondo cui «sono del tutto sterili e privi di significato quegli avvicinamenti che di tanto in tanto ed in varia maniera vengono effettuati tra le circostanze (comuni) e i criteri di valutazione dell'art. 133: non si tratta di una differenza puramente quantitativa, nel senso che i secondi agiscono nell'ambito della pena-base mentre le circostanze vere e proprie consentono di uscire al di fuori dei confini della pena edittale, perché questa differenza di effetti dipende dal fatto che le circostanze sono *criteri generali* di valutazione del reato (e perciò esplicano efficacia nella determinazione della quantità massima della *pena prevista* ai fini della prescrizione); gli elementi dell'art. 133, invece, non sono altro che *criteri di valutazione giudiziale* e, pur essendo elencati, non hanno alcun carattere di tipicità». A nostro sommo parere riteniamo che le affermazioni ora riportate debbano essere condivise, ma integrate nel senso che la commisurazione in senso stretto possiede molti più elementi in comune con le circostanze di quanti non ne

trebbe essere revocata in dubbio - come si anticipava -, poiché deriverebbe da un'operazione ricostruttiva di per sé non corretta. Si potrebbe obiettare, cioè, che non sarebbe possibile stabilire i rapporti fra commisurazione e circostanze sulla base del carattere della prima o delle seconde, per affermarne poi la reciproca estraneità e indifferenza. Abbiamo infatti appena detto che la commisurazione della pena nell'ordinamento italiano non si risolve in un prolungamento logico-normativo della fattispecie d'illecito, ma piuttosto rappresenta un correttivo dell'astrattezza della legge affidato alla discrezionalità giudiziale; in questa accezione le circostanze potrebbero essere lette nella medesima ottica della commisurazione, con la differenza, però, che il legislatore italiano ha voluto tipizzarne il contenuto per ridurre la discrezionalità del giudice, a motivo della loro efficacia extraeditale.

Inoltre è innegabile che la commisurazione e le circostanze in senso tecnico non solo si condizionano reciprocamente a causa di diversi istituti relativi a queste ultime, - istituti che implicano l'esercizio di un potere discrezionale commisurativo del giudice - ma sono entrambe aspetti del sistema dei *rapporti fra illecito e sanzione*.

Tali conclusioni sono rafforzate dai seguenti argomenti. La valutazione di gravità del reato riferita alle circostanze non è disegnata come valutazione omogenea a quella della fattispecie d'illecito ma quale componente accessoria ed estrinseca rispetto a quest'ultima, *nonostante che abbia per effetto una variazione extraeditale della pena; a fortiori*, sembra plausibile affermare - salvo verificare l'assunto - che di commisurazione come estensione ideale della

appaiano: il comune denominatore è per noi rappresentato da ciò che l'una come le altre riflettono uno schema di qualificazione estraneo alla valutazione legislativa del fatto di reato, non sono cioè, come affermavamo nel testo, *prolungamento ideale della valutazione effettuata dal legislatore, ma correttivo dell'astrattezza di quest'ultima*. Pertanto, il piano di valutazione su cui si svolgono gli *indici*, così come le circostanze, è, per ragioni diverse che mostreremo nel corso della trattazione, *esterno a quello della qualificazione di illiceità*. D'altronde, come ben rilevato dall'Autore citato, nessun avvicinamento fra i due istituti appare legittimo, in ragione della loro radicale differenza dal fatto che essi rappresentano, come sarà più chiaro fra poco, due modelli alternativi fra loro e non integrativi l'uno dell'altro.

qualificazione d'illecito non si possa parlare in linea generale, nemmeno con riferimento alla commisurazione *intraeditale* della pena, la cui portata è evidentemente ben più circoscritta rispetto alla valutazione di gravità dipendente dalle circostanze⁽¹⁵⁾.

In sintesi, nonostante la reciproca autonomia dei due istituti nell'ordinamento italiano, essi condividono la loro inerenza al sistema dei rapporti tra illecito e sanzione, cioè a dire che la loro conferma nel diritto positivo condiziona il collegamento fra illecito e sanzione. In modo ancora più pregnante, le circostanze e il sistema commisurativo sono entrambi, *congiuntamente*, i principali fattori di mutuo condizionamento fra illecito e pena.

Se tutto ciò è vero in che cosa è da ravvisare, allora, la suddetta reciproca autonomia e, conseguentemente, la peculiarità del sistema italiano che a differenza di quello tedesco prevede le circostanze del reato?

Essa è da ravvisare nella *valenza funzionale* delle circostanze: valenza che, in quanto si salda (almeno con riferimento alle aggravanti) alla *finalità generalpreventiva* della pena, ha poco da spartire con il sistema commisurativo italiano, se non entro confini estremamente limitati⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Queste due affermazioni si possono compendiare come segue: l'aumento di pena previsto per la circostanza implica una *selezione legale di una diversa cornice di pena*; la scelta di questa cornice, ancorché affidata al potere discrezionale del giudice, *non implica il momento commisurativo*; quest'ultimo, a sua volta, pertiene alla selezione della pena base del reato *semplice*, ed è concepito, nell'ordinamento italiano, come valutazione eterogenea rispetto a quella compiuta dalla fattispecie legale. Che l'art. 133 c.p. parli di «gravità del reato» e si riferisca ad elementi costituenti la struttura del fatto illecito, non significa affermare l'omogeneità della *commisurazione giudiziale* rispetto alla *quantificazione legale* della pena: gli stessi elementi strutturali possono infatti essere valutati da punti di vista diversi, o addirittura divergenti: la medesimezza dell'oggetto della valutazione non implica l'identità della valutazione dell'oggetto. Si tenga ben presente che non si tratta qui di deduzioni logiche, ma normative; tant'è che in altri ordinamenti, come si vedrà relativamente a quello tedesco, l'impostazione è del tutto diversa.

⁽¹⁶⁾ Occorre precisare un punto di notevole importanza. Non intendiamo affermare che anche le c.d. *circostanze improprie* di fatto non possano giocare un ruolo generalpreventivo. Si pensi, al proposito, ai casi di responsabilità oggettiva e al significato che ivi può assumere la commisurazione nell'ambito di cornici edittali con un massimo notevolmente elevato. È abbastanza chiaro che in queste ipotesi la possibilità offerta al

In ciò sta la chiave di lettura - che anticipiamo - fornita dall'approccio comparatistico al problema: mentre nell'ordinamento tedesco il compimento della funzione generalpreventiva della pena trova il suo canale di sviluppo nella commisurazione e proprio in questo si caratterizza il «nuovo» modello commisurativo preparato dalla scienza penalistica e recepito dalla legge sin dalla creazione delle prime clausole generali di «gravità» o di «speciale gravità»⁽¹⁷⁾, nell'impianto del Codice Rocco il rafforzamento della funzione generalpreventiva e della deterrenza mediante intimidazione⁽¹⁸⁾, con riferimento alle aggravanti⁽¹⁹⁾, è affidato al sistema delle circostanze.

giudice di optare per la fascia alta della cornice di pena anche in funzione di parametri strettamente oggettivi svincolati dalla colpevolezza del reo, svolge una funzione di prevenzione generale. Tuttavia - e in questo risiede la peculiarità del sistema italiano - il ruolo generalpreventivo che in tali casi non si può disconoscere alla stessa commisurazione della pena è rigorosamente intraeditale, non si estende alla selezione di cornici alternative di pena. Inoltre tale ruolo è marginale perché riguarda essenzialmente i soli casi di responsabilità oggettiva.

⁽¹⁷⁾ Estremamente puntuale, con riferimento al sistema tedesco, in cui non esiste una disciplina speciale delle circostanze, che vengono sostituite dai «casi di speciale gravità o tenuità», ci sembra in questo senso l'osservazione di A. MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 1: «È questa la ragione per cui in Germania il problema della commisurazione della sanzione (*Strafzumessung*) ha assunto un rilievo del tutto particolare». Come si avrà cura di osservare nel testo (*infra*, cap. VI), infatti, proprio la previsione normativa di *Falldifferenzierungen* in ragione della gravità del fatto, ha prodotto nell'ordinamento tedesco uno sviluppo particolarmente significativo, e gravido di conseguenze, del concetto di commisurazione della pena.

⁽¹⁸⁾ Osserva S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 98: «Anche sul piano dell'efficienza, un sistema fondato sull'intimidazione risulta poco affidabile. La comminazione di pene eccessive disorienta, infatti, i destinatari delle norme e, rendendo poco credibile il sistema stesso, pregiudica quel fondamentale effetto di orientamento che dovrebbe caratterizzare le norme giuridiche». Le affermazioni vanno pienamente condivise; tuttavia, ciò non esclude che la funzione di determinati istituti fosse concepita in chiave di «esasperazione» dell'effetto intimidatorio: una cosa è la prospettiva del legislatore che informa un istituto giuridico, altro è rilevarne i limiti concettuali ed empirici.

⁽¹⁹⁾ A nostro parere anche le circostanze attenuanti potrebbero iscriversi, in modo peculiare, nel quadro degli scopi generalpreventivi. Sebbene la nostra indagine sia mirata alle sole aggravanti, in ordine alle quali intendiamo studiarne e metterne a fuoco la valenza di strumento rafforzativo della prevenzione generale - soprattutto mediante intimidazione -, non è da trascurare il ruolo delle attenuanti rispetto alla stessa funzione

preventiva della pena, fatta eccezione per le generiche. Ciò sotto un duplice profilo: 1) la previsione di attenuanti (comuni o specifiche che siano) rende più sicura la minaccia di pena rispetto a quei fatti che appaiono di minore gravità e per i quali la sanzione prevista per il reato semplice sembrerebbe troppo elevata, almeno nei casi in cui la misura minima sia determinata nella cornice edittale e non sia quella prevista in generale per il tipo di sanzione minacciata: la sproporzione fra il minimo applicabile e il fatto manifestatosi in forma attenuata potrebbe indurre a disapplicare la norma, creando una specie di *soglia minima inespressa di punibilità*, nei confronti della quale l'attenuante svolge una funzione di antidoto; 2) la previsione di attenuanti *determinate* consente poi alla comminatoria stabilita per l'ipotesi base di esercitare la sua funzione deterrente anche rispetto ai casi che possano presentare in concreto un minor disvalore ma che non rientrino fra quelli tipizzati in una attenuante: solo rispetto a queste ultime è prevista una valutazione di minor gravità che è invece preclusa per tutte le altre ipotesi, le quali ricadono nella minaccia di pena ordinaria: in questo caso la circostanza attenuante viene così a esercitare una funzione complementare di intimidazione in quanto «garantisce» la comminatoria edittale prevista per il reato semplice in tutto il campo di estensione della norma incriminatrice con esclusione di ogni possibile zona d'ombra, anche nelle situazioni in concreto non dotate o scarsamente dotate di significatività. Questo discorso *non riguarda i contenuti delle single circostanze attenuanti*, ossia non intendiamo dire che in tutte le attenuanti sia ravvisabile questa funzione. La nostra affermazione concerne l'*istituto* delle circostanze riguardato nel suo insieme, cioè comprensivo delle attenuanti. Del resto sarebbe metodologicamente sbagliato ricostruire i contorni dogmatici di un istituto partendo dai contenuti *fattuali* di volta in volta presenti nelle disposizioni che ricadono nell'istituto esaminato. Nonostante ciò, come si vedrà in seguito, è possibile segnalare che in molti casi il contenuto stesso dell'attenuante aderisce alla funzione generalpreventiva *in chiave sussidiaria rispetto a quella della pena prevista per il reato semplice*. Le attenuanti generiche sono invece estranee a questa logica. Prova evidente è costituita dai Lavori Preparatori del Codice del '30, nei quali viene espressamente detto che le attenuanti generiche previste dall'art. 59 del Codice Zanardelli, rappresentavano una soluzione antitetica a quella adottata dal nuovo Codice (cfr. *LL.PP.*, vol. V, I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, 119). Sulle attenuanti generiche cfr. il fondamentale lavoro di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, secondo il quale tali circostanze non costituirebbero, secondo l'opinione tradizionale, un *continuum* con le c.d. *circostanze improprie* di cui all'art. 133 c.p., ma rappresenterebbero un'ipotesi di circostanza propria caratterizzata dal fatto che il valore attenuante sarebbe insuscettibile di tipicizzazione (*op. ult. cit.*, 15 e *passim*), secondo una regola adeguata alla realtà della vita. È chiaro che non ci troviamo d'accordo con tale autorevole opinione riportata succintamente, perché a nostro parere essa non coglie il connotato di fondo di tutto l'istituto circostanziale, il quale consiste nella selettività della sanzione in funzione dei compiti della stessa. Del resto l'opinione è in contrasto con quanto espressamente enunciato nei Lavori Preparatori appena ricordati, a tenore dei quali le generiche costituiscono un istituto estraneo alla logica del Codice Rocco.

Di qui emergono due modelli originariamente contrapposti⁽²⁰⁾ i quali formano archetipi normativi divergenti: norme non scritte che

⁽²⁰⁾ La distinzione fra i due possibili modelli commisurativi, indicata nel testo, non si fonda affatto sulla distinzione fra una «enunciazione ellittica» e una predeterminata tassativamente, degli elementi fattuali su cui si fonda la commisurazione medesima. Già A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1965, aveva ben messo in luce i limiti e gli errori metodologici di quelle impostazioni che, rifacendosi alla teoria Kelseniana dell'ordinamento giuridico, considerano la discrezionalità giudiziale «uno dei punti di passaggio di un processo di progressiva concretizzazione dell'ordinamento» (*op. ult. cit.*, 23). L'idea della concretizzazione dell'ordinamento è idea vuota che riflette soltanto un'impalcatura dogmatica di fondo che vorrebbe caratterizzarsi come metodologicamente neutrale. Essa si basa sulla nota costruzione *gradualistica* (*Stufentheorie*) dell'ordinamento giuridico, che non può ammettere cesure fra il momento di posizione della norma e quello applicativo della medesima. Le norme, in questa ottica, svolgerebbero una progressiva concretizzazione dal momento genetico a quello attuativo, per gradi dal più astratto al più concreto, in analogia alla costruzione per gradi delle fonti del diritto, disposte in ordine gerarchico. In tale panorama la discrezionalità giudiziale non si differenzierebbe affatto, qualitativamente, dall'attività di produzione delle norme, altrimenti la «purezza» dogmatica del costruito risulterebbe incrinata. Essa rappresenterebbe soltanto uno stadio della *concretizzazione* del diritto: parola magica, questa, con la quale anche il giudice viene investito dello stesso ruolo demiurgico riconosciuto al legislatore. Così, ogni concretizzazione di norme generali rappresenterebbe il passaggio da un grado superiore a uno inferiore dell'ordinamento e il giudizio discrezionale del giudice si inserirebbe in tale processo. A nostro modo di vedere la questione fondamentale, con riferimento alla materia che ci occupa, non è stabilire *a priori* la natura della discrezionalità, posto che una presa di posizione a riguardo non potrebbe essere altro che il precipitato di una previa scelta ideologica: in forza di quale criterio scientifico saremmo in grado di stabilire se la «concretizzazione» sia la vera essenza del diritto oppure no? (Per una ricognizione ancora insuperata in argomento, cfr. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968, in particolare per i riferimenti puntuali ai lavori di R. v. Jhering, al quale andrebbe ascritta l'idea che «*in der Konkretisierung des Abstrakten liegt die Verwirklichung des Ideellen*», (*op. ult. cit.*, 85) e il rilievo, a nostro parere di grande significato, secondo cui uno dei significati basilari su cui si fonda l'antitesi astratto-concreto in campo giuridico, sarebbe dato dalla assimilazione del concetto di *concreto* a quello di *visibile*, inteso come *risultato della percezione* (*konkret-Anschauliche*) secondo un modello epistemologico di impronta *materialistica*, che sarebbe anche alla base della costruzione *per gradi* dalla norma generale alla decisione giudiziale (*op. ult. cit.*, 82). Il punto fondamentale, dicevamo, è invece rintracciare il *modello strutturale* che informa il rapporto fra la norma generale ed astratta e la decisione giudiziale, quindi la discrezionalità. La costruzione *per gradi* (*Stufentheorie*) e la conseguente idea della discrezionalità come *concretizzazione*, non sono altro che immagini suggestive. La verità è che la *concretizzazione* in quanto tale è una parola vuota, se non quando indichi l'effetto di un modello normativo esistente *hic et nunc*. In

informano i rispettivi sistemi e le relative norme scritte. Le quali, a loro volta, possono in varia misura convergere o via via discostarsi dall'archetipo, generando in questo caso un sistema *disfunzionale*.

L'approccio comparatistico, come sarà evidente, appare fondamentale perché la *divergenza/disfunzionalità* è quasi sempre assimilazione di un sistema diverso già operante, che tende ad imporsi sugli altri perché più maturo e consapevole dei compiti da assolvere. La comparazione assume così non soltanto un valore metodologico e politico criminale, ma anche euristico⁽²¹⁾ (come non si mancherà di sottolineare) e di grande utilità nella scienza della legislazione, in quanto per il suo tramite diviene visibile il lato nascosto dei fondamenti di un ordinamento, cioè quello non deducibile *dall'interno* del sistema stesso ma solo dalle sue «contaminazioni»⁽²²⁾.

altre parole, nulla esclude che la discrezionalità del giudice rappresenti uno stadio del processo di attuazione del diritto, così come nulla esclude che la discrezionalità sia una *eterolimitazione del significato della norma giuridica* in funzione delle esigenze del caso concreto o di altre istanze normative: sono le strutture normative a deciderlo, non i postulati delle varie teorie generali.

⁽²¹⁾ Ci sembrano particolarmente significative le parole di G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in AA.VV., *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. PEPINO, Milano, 1993, 43, che parla di una «stratificazione storica» e di una «sintesi di significati» (riprendendo F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*), con riferimento agli scopi della pena, ma, se non ci inganniamo, anche a tutta la materia penalistica. Di fronte a questa «stratificazione» e alla sintesi di significati eterogenei, si rivela di grande utilità, oltre che di importanza scientifica, la predisposizione di un metodo idoneo a rintracciare le componenti essenziali di quei significati e i loro itinerari di sviluppo, secondo un approccio che potremmo definire «filologico».

⁽²²⁾ L'obiettivo, e anche il problema, del metodo comparatistico, è dato, a nostro avviso, dal sottoporre ad analisi critica gli ordinamenti giuridici *servendosi del diritto stesso*. Partendo dal presupposto dell'incoerenza, o dell'impossibilità di dimostrare la coerenza, dei sistemi assiomatici - e anche il diritto fa parte di tali sistemi - (pur servendosi di meta-sistemi formalizzati), *la coerenza dell'ordinamento e delle soluzioni da esso adottate non si può dimostrare valendosi di strumenti appartenenti allo stesso sistema da analizzare*. In questo senso il teorema di Gödel ha stabilito che nessun ordine assiomatico è in grado di dimostrare dal suo interno la propria coerenza: secondo il *teorema di incompletezza* ogni sistema matematico rigorosamente logico contiene domande che non possono essere risolte né positivamente né negativamente sulla base degli assiomi interni allo stesso (cfr. E. AGAZZI, *La logica simbolica*, Brescia, 1990, 151). Di qui ne segue anche l'indimostrabilità degli enunciati che sono a fondamento dell'assiomatica e la scoperta di enunciati *indecidibili*. L'interesse di tali scoperte per il

Chiarito questo aspetto metodologico, possiamo iniziare ad adentrarci nell'esame della questione.

Nell'ordinamento tedesco la pertinenza di un elemento al fatto di reato serve ad escluderne la natura di indice di commisurazione della pena, in quello italiano tale pertinenza serve ad escluderne la natura di *elemento circostanziale*. Questo semplice rilievo appare essenziale. Tanto più essenziale, se si pensa che il significato della distinzione, come si vedrà meglio in seguito, in Germania non ha i suoi risvolti maggiori sul terreno dell'imputazione, ma prevalentemente su quelli del concorso di persone nel reato, del tentativo, della distinzione fra *Verbrechen* e *Vergehen* (solo per richiamarne alcuni fra i più significativi), e ciò proprio per la ragione che si è accennata poc'anzi. Si potrebbe dire che in quell'ordinamento l'idea stessa di *elementi circostanziali* che non partecipano né della natura del fatto né di quella delle regole di commisurazione, sarebbe una contraddizione *in adjecto*.

giurista sta nel fatto che mediante esse si chiarisce che la sistemazione rigorosa delle teorie deduttive, volta a far raggiungere conclusioni *vere* nell'ambito delle stesse, non è raggiungibile attraverso strumenti esclusivamente *sintattici*, perché involge anche il livello *semantico* del discorso normativo: la logica di un certo linguaggio (normativo), cioè, non si identifica con la sua sintassi, ma è collegata ai *contenuti* del discorso (semantica). La teoria assiomatica deduttiva, quindi, non è sufficiente a dimostrare la coerenza dei discorsi, ma occorre, allo stesso scopo, elaborare una teoria dei rapporti tra i segni di un sistema e i loro significati. In questa prospettiva l'analisi comparatistica del diritto penale può fondare la semantica dei discorsi normativi che vengono svolti all'interno di ciascun ordine positivo, posto che i significati normativi, e quindi il livello semantico del discorso, si formano in aree eterogenee e sulla base di contenuti eterogenei e divergenti fra loro (eterogenesi dei fini). Per questo, come emergerà in sede di teoria della norma (cfr., soprattutto, *infra*, cap. III), la ricostruzione in chiave di mero collegamento ipotetico della premessa alla conseguenza giuridica, quindi del fatto alla sanzione, appare del tutto insoddisfacente, poiché essa si risolve in una formalizzazione sul solo piano sintattico della norma. Si mostrerà, invece, che una ricostruzione *euristicamente* valida della norma penale, deve incentrarsi sullo studio della *struttura*, la cui *formalizzazione* presuppone l'analisi semantica della struttura medesima. È chiaro, in altre parole, che l'«ipotetismo» si serve di (e si esaurisce in) una formalizzazione al livello sintattico, in quanto si colloca nell'indirizzo epistemologico del neopositivismo, per il quale si postula un orizzonte definito e dimostrabile degli enunciati fondamentali di un sistema scientifico.

c) Grande significato, ai fini dell'imputazione, assume colà, invece, la distinzione fra conseguenze del fatto che ricadono nella disciplina dei delitti qualificati dall'evento (§ 18 StGB) e conseguenze di diverso tipo. Ciò perché tale disciplina sembra rappresentare (forse solo all'apparenza, come vedremo) un'anomalia nel sistema tedesco, *tanto sul terreno degli elementi pertinenti alla commisurazione quanto su quello degli elementi pertinenti al fatto*. Anomalia non esclusa ma solo temperata con l'introduzione dell'attuale § 18 (3. StÄG del 1953: § 56 v.t.), il quale, come è noto, prevede che se la legge ricollega a una conseguenza speciale del fatto una pena più grave, l'autore o il concorrente ne rispondono solo se rispetto a questa conseguenza vi sia *almeno la colpa*⁽²³⁾.

Ben diverso il quadro dogmatico e normativo in Italia, dove i reati aggravati dall'evento disegnano una linea continua con il regime di imputazione delle circostanze aggravanti e, secondo alcuni, ne condividono a pieno titolo la natura. Tutto il sistema di imputazione delle aggravanti è infatti ispirato a una *ratio* - come vedremo nella seconda parte del presente lavoro - pienamente condivisa dai reati aggravati dall'evento.

d) La nascita dei reati aggravati dall'evento (puri) è legata ovunque essenzialmente a un motivo pratico, quello di prevedere pene più severe⁽²⁴⁾ quando determinati eventi - originariamente la morte di un uomo o le lesioni gravi - siano effetto o conseguenza di condotte aggressive dell'incolumità individuale. Questa esigenza pratica reca con sé, al livello di disciplina giuridica, che si consideri inadeguata la quantità di pena che risulterebbe dal reato base o dall'eventuale

⁽²³⁾ Per un'indagine, nella dottrina italiana, sulle origini e sulle ragioni della disciplina attuale e delle problematiche sollevate dai delitti aggravati dall'evento nell'ordinamento tedesco, cfr. E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante, un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 793, con riferimento, in particolare, al rapporto fra *teoria dell'adeguatezza* e delitti aggravati dall'evento. Per ulteriori riferimenti bibliografici, *infra*, cap. VIII.

⁽²⁴⁾ Sul profilo sanzionatorio dei delitti aggravati dall'evento nell'ordinamento italiano, ci sia consentito rinviare al nostro *Maltrattamenti seguiti da suicidio: oggettivo e soggettivo nell'imputazione dell'evento ulteriore, sullo sfondo della colpevolezza d'autore*, in *Cass. pen.*, 1991, 1987 ss.

concorso di questo con quello colposo corrispondente all'evento aggravante: ma qui bisogna fare attenzione e sgombrare il campo da molti equivoci.

Prima dell'abolizione della responsabilità oggettiva per l'evento qualificante, avvenuta con la già richiamata 3. StAG del 1953, la risposta alla suddetta esigenza pratica non poteva essere fornita in Germania sul terreno del concorso di reati, *non soltanto perché attraverso i reati aggravati dall'evento era possibile addebitare la conseguenza ulteriore anche in mancanza di una colpa effettiva*, ossia quando l'esito ulteriore fosse anomalo o inverosimile secondo le usuali massime di esperienza o non evitabile attraverso la normale diligenza; ma anche e soprattutto perché il concorso (formale) di reati nell'ordinamento tedesco, a differenza di quello italiano, non produce il cumulo delle pene *ma un'unica pena, precisamente quella stabilita per il reato più grave*.

Questo faceva sì che una volta superata normativamente la responsabilità oggettiva, la soluzione del concorso di reati rimanesse del tutto inappagante, perché priva di qualsiasi significato sanzionatorio: il concorso del reato base doloso (o colposo) con il reato colposo corrispondente all'evento qualificante, non poteva avere alcuna efficacia deterrente perché non poteva tradursi in una minaccia di pena più grave rispetto a quella di *un unico reato*.

A prescindere quindi dalla possibilità e dall'opportunità *general-preventiva* di addebitare al reo conseguenze di decorsi causali anomali o eventi non ascrivibili a colpa ma essenzialmente al fortuito, la soluzione del concorso di reati non era praticabile in ragione dell'effetto del concorso medesimo *sulla pena*. L'idea di convogliare i reati qualificati nella disciplina generale del concorso di reati, eliminando così le qualificazioni aggravanti, era per tale ragione strettamente legata alla *riforma della disciplina del concorso formale di reati*, ossia alla sostituzione dell'*Absorptionsprinzip* con l'*Asperationsprinzip* (*infra*).

Da questa angolazione risulta chiaro perché le proposte di superamento della responsabilità oggettiva per l'evento qualificante si muovessero - e si muovano tuttora come sarà interessante notare - essenzialmente lungo due direttrici.

Da una parte si suggeriva l'eliminazione dei reati qualificati accompagnata dalla modificazione della disciplina degli effetti del concorso di reati sulla pena; dall'altra - soluzione che ha poi prevalso - il mantenimento degli stessi, accompagnato da una disposizione sul modello del § 18 *StGB*, che ne fa una sorta di eccezione nel sistema, con le relative obiezioni e incongruenze rispetto a molti istituti, in quanto legittima e disciplina *fattispecie miste* di dolo e colpa.

Anche la «giustificazione» dei reati qualificati dall'evento, ossia la deroga per essi alle regole generali di imputazione, non può che muovere da premesse diverse rispettivamente nei due ordinamenti a confronto.

In quello italiano l'«anomalia» è già fondata nel sistema delle circostanze aggravanti e ne condivide tutte le possibili censure costituzionali e difficoltà interpretative. Anzi, si potrebbe dire che proprio in quanto sono codificate e nel modo in cui sono disciplinate le circostanze aggravanti, trovano la loro ragion d'essere i reati qualificati dall'evento.

Con riferimento alla Germania l'argomento non può che essere diverso. Se di anomalia debba parlarsi, oppure se i reati qualificati dall'evento derivino da una concettualizzazione tipica della dogmatica tedesca, è questione sulla quale ci soffermeremo più avanti. Per il momento esaminiamo il quadro normativo in cui essi si collocano, il quale è strettamente correlato alla disciplina del concorso di reati e alla materia, estremamente ampia e complessa, delle modificazioni delle cornici di pena: iniziamo cercando di tracciare un panorama di sintesi di queste ultime.

CAPITOLO SECONDO

REATI QUALIFICATI E CASI DI SPECIALE GRAVITÀ O TENUITÀ NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

SOMMARIO: *Grunddelikte, qualifizierende Abwandlungen e privilegierende Abwandlungen.*- Le qualificazioni del reato come espressioni di *scale quantitative* dell'illecito; l'impossibilità di riportare lo stesso concetto nell'ordinamento italiano con riferimento alle circostanze del reato.- Il *delictum sui generis*.- Gli elementi di qualificazione come componenti del fatto di reato (*Tatbestandsqualität*) o come elementi di commisurazione (*Strafzumessungsregeln*).- Le «qualificazioni di evento» (*Erfolgsqualifikationen*): *erfolgsqualifizierte Delikte, erfolgsqualifizierte Regelbeispiele, gefahrerfolgsqualifizierte Delikte, gefahrerfolgsqualifizierte Regelbeispiele*.- La complessità del sistema tedesco e la difficile demarcazione fra i diversi *Strafänderungsgründe*.- Casi di speciale gravità e regole esemplificative (*besonders schwere Fälle e Regelbeispiele*); casi di speciale gravità innominati e nominati (*unbenannte e benannte besonders schwere Fälle*).- Le qualificazioni del reato che fondano la punibilità per una fattispecie autonoma (*selbständige Tatbestände*); il § 28 StGB nel quadro della tematica in oggetto.- La limitazione del principio di *accessorietà* in materia di concorso di persone nel reato.- *Eigenständige Delikte* e reato complesso *ex art. 84 c.p.*: i criteri sostanziali dell'ordinamento tedesco e il criterio formale-funzionale di individuazione delle circostanze del reato nell'ordinamento italiano.

Accanto al tipo di delitto (*Deliktstypus*) nella sua forma più semplice (*Grunddelikt*) la cui fattispecie ne determina i presupposti (*Umschreibung der Strafbarkeitsvoraussetzungen*) necessari ed esclusivi, troviamo *Abwandlungen* le quali indicano elementi ulteriori che si collegano al reato semplice o per aggravarlo (*qualifizierende Abwandlungen*) o per attenuarlo (*privilegierende Abwandlungen*).

Qualifizierende e privilegierende Abwandlungen possono però contenere diversi tipi di elementi.

Con un primo tipo si denotano elementi la cui sussistenza produce la *differenziazione delle cornici edittali* di pena di un medesimo reato (reato base), precisamente una differenziazione verso l'alto (*qualifizierende Abwandlungen*) o verso il basso (*privilegierende Abwandlungen*)⁽²⁵⁾. Con tale qualificazione il legislatore individua una - o più - forme del reato base (*Grunddelikt*), a questo collegate in un rapporto di maggiore o minore gravità (*Stufenverhältnis*) e, pertanto, la qualificazione introduce una differenza soltanto *quantitativa*. In relazione a questo modello di *qualificazione* della fattispecie, si parla anche di *unselbständige Abwandlungen*, le quali possono realizzare una forma di manifestazione (*verwandte Erscheinungsform*) del reato base⁽²⁶⁾. (È interessante osservare già da queste pri-

⁽²⁵⁾ La terminologia in dottrina non è del tutto chiara e uniforme. C. ROXIN, *Strafrecht, A.T.*, I, III ed., München, 1997, 284, parla di *Qualifizierungen e Privilegierungen* solo con riferimento alle *qualifizierende e privilegierende Tatbestände*; J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH, *Strafrecht, A.T.*, X ed., Bielefeld, 1995, 116, sembrano parlare di *qualifizierte e privilegierte Tatbestände* anche con riferimento a quelle circostanze che non hanno la qualità di fattispecie, sebbene rappresentino formule vincolanti per il giudice con le quali il contenuto di illecito del reato si realizza in misura più o meno elevata rispetto a come si realizza nella fattispecie base.

⁽²⁶⁾ In termini J. WESSELS - W. BEULKE, *Strafrecht, A.T.*, XXVIII ed., Heidelberg, 1998, 31. Occorre avvertire che nella sistematica del reato tedesca, come anche nella manualistica, l'argomento in oggetto non è trattato fra le forme di manifestazione del reato, nelle quali rientrano solo gli istituti del tentativo e talvolta della compartecipazione criminosa, altre volte, invece, vi rientrano altri istituti che nella manualistica italiana trovano una sede del tutto diversa; l'espressione riportata nel testo non ha quindi un valore sistematico. Di *verwandte Erscheinungsformen* del reato che creano un collegamento «per gradi» (*Stufenverhältnis*) con la fattispecie base, se ne parla da alcuni autori con riferimento al delitto tentato, nel senso di una *Stufeneinteilung* e di una *kriminelle Progression*: cfr. R. MAURACH - K.H. GÖSSEL - H. ZIPF, *Strafrecht, A.T.*, Tb. 2, VII ed., Heidelberg, 1989. Tuttavia, la sistematica dei manuali tedeschi a riguardo è estremamente variegata e sarebbe difficile tentare di ricondurla a unità. In J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH, *Strafrecht, A.T.*, cit., sotto il titolo «*Besondere Erscheinungsformen der Straftat*» vengono trattati tentativo e concorso di persone; in H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.*, Berlin, 1996, troviamo nel capitolo «*Die besonderen Erscheinungsformen der strafbaren Handlung*» il reato commissivo colposo e i delitti omissivi; in altri manuali, poi, la sistematica è estremamente semplificata, come ad esempio in E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, - Studien-

me indicazioni, che di differenza *quantitativa* in senso proprio si può parlare in generale solo se l'entità cui la differenza si riferisce sia omogenea, sia cioè un'*unità* e non una pluralità di elementi. Nel diritto penale italiano, invece, di una unità non si può parlare, perché gli elementi del reato sono essenziali o accidentali⁽²⁷⁾, e, quindi, co-

buch, Tübingen, 1984, dove la materia viene suddivisa in sole cinque parti: *Grundlagen*, *Handlungsdelikt*, *Unterlassungsdelikt*, *Konkurrenzen*, *Strafrechtsfolgen*, e le forme di manifestazione del reato non vi giocano alcun ruolo; ma anche nella più complessa sistematica del *Lehrbuch (Strafrecht, A.T., II ed., Tübingen, 1975)* dello stesso Autore le forme di manifestazione non individuano specificamente un campo di trattazione della materia. Il concorso di persone (*Tat- und Täterschaft*) viene poi trattato nell'ambito dei principi generali da C. ROXIN, *Strafrecht, A.T., I, II ed., 1994*, München; nessun rilievo per le forme di manifestazione del reato nel manuale di H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin, 1969, in cui si può notare che la trattazione del delitto tentato, che segue anche qui il concetto della «articolazione per gradi» del reato, è intitolata «*Die Stufen der Verbrechensverwirklichung*». Di particolare interesse al riguardo è invece la sistematica offerta da R. MAURACH - K.H. GÖSSEL - H. ZIPF, *Strafrecht, A.T., cit.*, la cui seconda parte è dedicata appunto alle forme di manifestazione del reato e alle conseguenze giuridiche: fra le prime vi rientrano oltre al tentativo, all'autore (*Täterschaft*), al concorso di persone (*Teilnahme*) e alla unità e pluralità di reati, anche il *fatto di reato colposo* e i *reati omissivi*. In sintesi appare singolare che nella sistematica italiana del diritto penale, la quale in genere assegna al campo delle *forme di manifestazione* uno specifico e ben delimitato oggetto, ossia lo studio del *tentativo*, delle *circostanze*, del *concorso di persone*, del *concorso di reati* e del *concorso di norme*, non si sia più fermata l'attenzione sul senso e sul valore del carattere unitario di tali istituti e, soprattutto, se essi - o quali fra essi - siano da collegare maggiormente alla *fattispecie oggettiva*, oppure ad altri aspetti del reato.

⁽²⁷⁾ In questo senso ci sia consentito non condividere l'opinione di A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, p.g., III ed., Milano, 1987, 477. L'illustre Autore sostiene che la contrapposizione fra elementi essenziali e accidentali è erronea, perché «rispetto alla fattispecie della figura circostanziata, le circostanze sono elementi essenziali quanto gli altri». Ci sembra che la contrapposizione sia invece non solo fondata ma anche della massima importanza, perché altrimenti non vi sarebbe possibilità alcuna di connettere agli uni elementi una disciplina così diversa da quella degli altri. Dire infatti che «le circostanze sono elementi del reato, dai quali dipende la integrazione di quella particolare forma di manifestazione del reato, che, oltre a essere caratterizzata da un aumento o una diminuzione di pena rispetto alla pena base, è sottoposta al regime giuridico proprio delle figure circostanziate» (*ivi*), ci sembra che non possa significare altro che affermare l'importanza della distinzione. In primo luogo questa distinzione assume un valore eminente con riferimento ai principi costituzionali; in particolare, la statuizione del principio di personalità-colpevolezza rende problematica la distinzione fra elementi essenziali e accidentali del reato, *proprio in quanto vi ricollega una disciplina radicalmente diversa relativamente a imputazione soggettiva*; del resto analogo

stituiscono una *pluralità*⁽²⁸⁾, il collegamento fra gli elementi della quale, sul piano logico, non può essere determinato da una mera scala di *quantità*.⁽²⁹⁾

problema potrebbe porsi con riferimento ad altri principi costituzionali e in relazione ad aspetti *processualistici*: così ad esempio in tema di custodia cautelare o ogniqualvolta la legge faccia dipendere l'applicabilità di un istituto o di un rito da un determinato limite quantitativo della sanzione la cui determinazione risenta delle modificazioni di pena dipendenti dalle circostanze stesse. Dunque, come sembra implicitamente affermare autorevole dottrina, anche a questo livello la distinzione assume un valore della massima importanza. Ancora, la presenza di una duplice *modalità* degli elementi del reato è fondamentale sul piano dogmatico, perché, come vedremo, essa disegna indirettamente il quadro dei rapporti fra: *disvalore del fatto tipico* e *commisurazione di gravità del fatto*; *colpevolezza fondante* la punibilità e *colpevolezza graduante* la responsabilità. Il sistema delle circostanze, in altre parole, mette in una determinata luce tutto il sistema della commisurazione giudiziale della pena e vi si riconnette in vario modo.

⁽²⁸⁾ Pertanto la relazione fra elementi essenziali e accidentali nell'ordinamento italiano, non può essere data dalla maggiore o minore gravità *in senso quantitativo*. Con riferimento alle circostanze del reato nel diritto penale italiano, dobbiamo parlare di un concetto di gravità assai diverso da quello che incontriamo nelle fattispecie qualificate dell'ordinamento tedesco, nel quale è assente la distinzione degli elementi del reato in essenziali e accidentali.

⁽²⁹⁾ È forse giunto il momento di tornare a riflettere in modo critico sulla teoria belinghiana delle forme di manifestazione del reato (non si intende con ciò che il concetto o l'espressione «forme di manifestazione del reato» sia stato coniato da Beling, ma si allude alla di Lui teoria *sulle* forme di manifestazione del reato; cfr. nel senso che è erroneo far risalire al Beling tale teoria o espressione, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 474. L'Autore tedesco scrive che l'interprete è in grado di delimitare fra i *presupposti della pena* quelli che hanno *tatbestandlichen Charakter* da quelli che non lo hanno, come ad esempio la *colpevolezza*, le condizioni di punibilità etc. Ma «*mit der Feststellung, daß ein Umstand tatbestandlichen Charakter hat, ist noch nicht gesagt, daß er einen eigenen Verbrechenstypus abgebe, er kann ebensogut lediglich eine tatbestandliche Spielart eines Verbrechenstypus bedingen. Ob daß eine oder andere der Fall ist, kann nur aus der juristischen Folge erkannt werden. Wir werden also doch wieder auf die Strafdrohung als Indiz für die Typizität zurückgeworfen*» (E. v. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen, 1964, 264). Ai fini del nostro discorso, trascurando quindi le altre premesse, l'Autore muove dall'affermazione, di non poco momento, che la pertinenza di una circostanza alla fattispecie (*tatbestandlicher Charakter*) non denota ancora la formazione di un *tipo* di reato. Dunque, sembra doversi intendere che sarebbe giuridicamente possibile denotare come elemento di fattispecie una circostanza, senza con ciò dedurne necessariamente che essa sia sufficiente a fondare un *tipo* proprio e indipendente. Fin qui l'argomento potrebbe essere in sé comprensibile, anche se non viene fornito un grande apporto circa l'individuazione del carattere della circostanza. Forse c'è da notare soltanto che tale

affermazione di principio, in materia di elementi aggravanti e attenuanti del reato, sembra contrastare con la disciplina positiva adottata dallo stesso ordinamento tedesco o non essere mai stata considerata sul serio: *si dovrebbe infatti concludere, seguendo dalle premesse, che una circostanza pur potendo essere qualificata come appartenente alla fattispecie legale e pur seguendone la sorte quanto a disciplina, non dovrebbe necessariamente concorrere alla formazione di un tipo autonomo e, pertanto, non andrebbe in questo caso assoggettata a tutte quelle conseguenze che presuppongono un tipo a sé stante di reato; d'altronde, però, la sua appartenenza agli elementi di fattispecie le conferirebbe il carattere di circostanza fondante l'illiceità (strafbegründende Tatsache).* Questa impostazione potrebbe anche rivelarsi molto fruttuosa, come vedremo più avanti nel testo. Ma essa, purtroppo, non è sviluppata compiutamente dall'Autore. Infatti egli prosegue la sua disamina affermando - ed è il punto sul quale occorre sollecitare la maggior riflessione critica - che per vedere se un elemento fonda un tipo oppure no è necessario riferirsi alla conseguenza giuridica e, precisamente, alla *Strafdrohung*, ossia alla comminatoria di pena. Ed ecco l'affermazione chiave: *«Die Verschiedenheit der Strafdrohungen läßt einen Rückschluß auf die Typizität der Voraussetzungen zu, unter denen die Strafdrohung werden soll»* (*ibidem*, 268). La «differenza» discenderebbe, quindi, dalle comminatorie di pena e consentirebbe di *concludere quanto alla tipicità dei presupposti sotto i quali la comminatoria stessa deve diventare efficace. Non si afferma pertanto che un elemento può avere carattere costitutivo della fattispecie incriminatrice, ma, nello stesso tempo, non fondare il tipo di illecito - con una implicita disgiunzione fra tipo d'illecito e fattispecie -* ma si sostiene che la *tipicità* dei presupposti (*rectius: delle condizioni*) della sanzione sarebbe desumibile dalla sanzione medesima. Il Beling, poi, prosegue enunciando la distinzione fra *Grund- o Absolutestrafrohungen* e *relative Strafdrohungen*, che è troppo nota per essere riferita nei dettagli in questa sede. Di essa si può notare la sua inutilità e soprattutto la scarsa perspicuità, posto che l'Autore non si dà carico di spiegare che cosa significhi una *minaccia assoluta di pena* e che nessun altro dopo di lui ha mai portato a buon fine l'impresa. Non solo, l'inclusione fra le *relative Strafdrohungen* delle disposizioni concernenti il tentativo e il concorso di persone nel reato, lascia ancora più stupefatti, visto che se una pallida luce sia mai possibile riflettere su tale concetto, nel *tentativo* e nel *concorso di persone* non dovremmo certo riscontrare delle comminatorie di pena *relative* o *condizionate*, ma *assolute* al massimo grado: nel tentativo, come nel concorso di persone, la pena non ha nulla di relativo o di dipendente, essa è del tutto assoluta, ciò che è «relativa» è la fattispecie, la quale non può essere applicata se non *congiuntamente a una norma incriminatrice di parte speciale* (cfr., con chiarezza sul punto R. MAURACH - K.H. GÖSSEL - H. ZIPF, *Strafrecht, A.T., cit.*, 2 ss.). Il discorso diviene poi ancora meno chiaro quando si afferma che è possibile una differenziazione delle conseguenze nonostante l'identità della fattispecie *con riguardo alla differenza di altri ulteriori elementi* (*op. ult. cit.*, 275), nel qual caso si avrebbe una fattispecie unica con pluralità di *echte Strafgesetze*. Il dato che ci sembra rilevante, è che la costruzione belinghiana offre lo spunto per tornare a meditare sul concetto di *forme di manifestazione del reato*. Afferma Beling che con tale espressione deve intendersi *«eine Tatbestandsbesonderheit ohne eigene Typizität»* (*op. ult. cit.*, 287): ciò che sul piano dogmatico potrebbe tradursi anche con il concetto che a una fattispecie speciale non corrisponde necessariamente un *tipo speciale*, ossia

Con un secondo tipo, invece, si denotano elementi la cui sussistenza produce la differenziazione di un medesimo reato in una pluralità di fattispecie ciascuna autonoma dall'altra e dotata di un proprio contenuto. A questo riguardo si parla anche di *verselbständige Abwandlungen*, ove la fattispecie dia vita ad un nuovo delitto con proprio contenuto e disvalore (*delictum sui generis*).

Gli elementi di qualificazione in generale possono o non consistere in un evento, nel quale ultimo caso si avranno *Erfolgsqualifikationen*.

che tipicità e fattispecie sono due *distinti*, in quanto la *fattispecie* può manifestarsi in una pluralità di forme che recano tutte in sé il *medesimo tipo*. Il che potrebbe essere un buon punto di partenza, come dicevamo, per rimeditare la tematica delle forme di manifestazione, che ha oramai perso gran parte del suo significato nonostante che la si continui ad utilizzare per indicare e riunire insieme una serie di istituti della massima importanza. Il punto che si può mettere in risalto in questa sede è il seguente: che ad un unico *tipo* potrebbe corrispondere una pluralità di fattispecie articolate fra loro secondo una scala di gravità. Tale prospettiva, lungi dal poter essere accolta in questa fase iniziale della ricerca, verrà considerata nuovamente nella terza parte del lavoro, dove si metterà in luce che non è possibile affermare l'irrilevanza del fatto quando sussiste la tipicità, e, d'altronde, che la misura di gravità del reato deve essere denotata al livello della fattispecie legale del reato, perché i parametri di misurazione ancorché essere forme di manifestazione di un medesimo tipo d'illecito, sono elementi di fattispecie. Il tentativo di individuare il tipo partendo dalla sanzione è del tutto vano quindi, come chiaramente si deduce leggendo le pagine della *Lehre vom Verbrechen* che vi si cimentano, le quali si riducono alla ripetizione di una serie di tautologie senza alcuna utilità: «Hängt nämlich von dem betreffenden Umstände nur die Anwendung einer abgeleiteten Erscheinungsform des Typus mit schwerer oder geringerer Strafbarkeit ab, so ist er natürlich für die Urform des Typus kein konstitutives Element, sondern ihr gegenüber ein «bloßer Straferhöhungs - u.s.w. - grund», für die Erscheinungsform selber dagegen ist er konstitutiv», E. v. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., 292, cfr. anche, 282 e 284. In realtà dalla comminatoria di pena o anche dal tipo di sanzione non è assolutamente possibile ricavare in alcun modo il carattere della tipicità. Vedremo infatti che l'identità del tipo e la tipicità stessa non dipendono affatto dalla *assolutezza o relatività* della comminatoria di pena, tanto che sarà possibile affermare la sussistenza del tipo anche se, in ipotesi, rispetto a talune sue forme di manifestazione, non fosse prevista alcuna comminatoria di pena se non condizionatamente al verificarsi di elementi estrinseci alla tipicità (anche di natura meramente processuale o extrapenale): si potrebbe così ipotizzare (*infra*, ultimo capitolo) un tipo di reato che rispetto alla forma base non preveda di regola una pena, mentre preveda la pena per la forma qualificata.

Il punto saliente è che con il termine *qualificazioni* non solo non si dice ancora se la qualificazione sia idonea a produrre una fattispecie autonoma connotata da un proprio contenuto e disvalore, ma non si dice nemmeno se gli elementi qualificanti abbiano il carattere di elementi del *fatto* di reato (*Tatbestandsqualität*) oppure no. Le stesse qualificazioni di evento (*Erfolgsqualifikationen*) possono indicare diversi fenomeni giuridici; precisamente: *erfolgsqualifizierte Delikte*, *erfolgsqualifizierte Regelbeispiele*, *gefahr-erfolgsqualifizierte Delikte*, *gefahrerfolgsqualifizierte Regelbeispiele*. La «qualificazione di evento» può incontrarsi tanto nella forma che comporta una conseguenza aggravante che non muta qualitativamente l'illecito della fattispecie base e che *non possiede la qualità di fattispecie*, quanto, all'opposto, in una forma che implica un contenuto di illecito di diverso tipo e che qualifica una nuova fattispecie; ma anche, in una posizione che potremmo dire intermedia fra le due, la si può incontrare in un elemento *che possiede la qualità di fattispecie* ma che non genera un nuovo illecito e non conferisce alla fattispecie qualificata un proprio contenuto diverso da quello della fattispecie semplice.

Il compito scientifico - al livello dogmatico - è in primo luogo (ma non è il solo come vedremo subito) stabilire quando *qualifizierende* (o *privilegierende*) *Abwandlungen* pertengano alla *Strafzumessung* (commisurazione della pena) in quanto regole o parametri di commisurazione della pena (fissati dal legislatore non in via generale ma con riferimento a singole fattispecie), e dall'altro lato, al contrario, quando costituiscano elementi del fatto di reato (*Tatumstände*) e non già meri indici di gravità dello stesso: al livello interpretativo si tratterà di vagliare in sede di parte speciale le singole ipotesi alla stregua dei principi. In secondo luogo è necessario verificare in ragione di che cosa talune *qualificazioni di fattispecie*, ossia elementi del fatto di reato, diano vita ad un illecito *nuovo* con proprio autonomo contenuto e disvalore (*Eigentatbestände*), mentre altre qualifichino solo fattispecie dipendenti dal reato base come graduazioni *quantitative* di questo.

Il compito è reso difficile per via della tecnica estremamente varia di costruzione delle *qualificazioni*. Si tenga presente, infatti, che nell'ordinamento tedesco la *qualificazione* può essere tanto *nominata* quanto *innominata*. Precisamente, la possibilità di variazione della cornice di pena «regolare» è data dalla presenza di *Strafänderungsgründe* che possono essere previsti e costruiti in vario modo.

In primo luogo essi sono contemplati in disposizioni della parte generale del Codice penale, a proposito, ad esempio, del tentativo (§ 23. II) - in modo facoltativo - o a proposito del concorso di persone nel reato (§ 27. II) - in modo obbligatorio - : in ogni caso tali circostanze previste nella parte generale del Codice sono sempre *attenuanti*. Circostanze aggravanti, invece, dopo la 5. *StRG* sono stabilite esclusivamente con riferimento a singole disposizioni incriminatrici. Esse modificano la cornice di pena ordinaria. La legge le può prevedere in veste di *besonders schwere Fälle* (casi di speciale gravità)⁽³⁰⁾. I casi di speciale gravità, a loro volta, possono essere contemplati senza una descrizione legislativa, ossia senza che la legge fissi i presupposti della modificazione, o, *pur fissandoli, senza efficacia vincolante per il giudice*. In tutte queste ipotesi si parla di *unbenannte Strafänderungsgründe*, i quali, secondo l'opinione corrente, producono soltanto una modificazione della cornice di pena, non del carattere del reato. Al giudice è qui lasciata la scelta circa la sussistenza in concreto della speciale gravità del fatto⁽³¹⁾. Pertanto essi

⁽³⁰⁾ Per la ricostruzione storica dei *besonders schwere Fälle* cfr. M. MAIWALD, *Zur Problematik der «besonders schweren Fälle» im Strafrecht*, in *NStZ*, 1984, 433, con ampie indicazioni bibliografiche.

⁽³¹⁾ Come esempi di questa tipologia possiamo richiamare in primo luogo il § 212, II, (*Totschlag*) il quale prevede un caso di speciale gravità senza specificazioni ulteriori, punibile con *lebenslange Freiheitsstrafe* (pena perpetua). Particolarmente significativa è poi tutta la sistematica «dei» delitti di lesioni personali, in particolar modo prima della Sesta legge di riforma del diritto penale. La fattispecie base è posta dal § 223 (il quale peraltro al secondo comma prevedeva prima della modificazione operata con *VerbrBekG* - su cui *infra*, cap. IX - un'altra qualificazione aggravante se il fatto fosse commesso ai danni di parenti in linea retta); i §§ 223a e 224 - 226 prevedevano tutti *qualifizierende Tatbestände* (cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, A.T., I, cit.*, 284); tuttavia, secondo alcuni autori, alcune di queste «qualificazioni», precisamente quelle contenute nei §§ 224-226, non avrebbero avuto *Tatbestandsqualität*, quindi rappresenterebbero soltanto *unselbständige Abwandlungen*, la cui funzione è quella di creare *Stufen-*

rientrano a pieno titolo - come anche i corrispondenti *minder schwere Fälle* (casi di minore gravità) e come le altre circostanze attenuanti previste nella parte generale, di cui si è fatto cenno poc' anzi - nell'ambito di previsione del § 12. III, secondo il quale le aggravanti o le attenuanti previste da disposizioni della parte generale o previste in corrispondenza dei casi di speciale gravità o tenuità, *non vengono in considerazione ai fini della distinzione fra Verbrechen e Vergehen*⁽³²⁾. Distinzione, questa, assimilabile concettualmente alla suddi-

verhältnisse di un medesimo reato (J. WESSELS-W. BEULKE, *Strafrecht A.T.*, cit., 31). Le disposizioni contenute nei paragrafi indicati, però, non lasciavano alcun margine di discrezionalità giudiziale relativamente a queste qualificazioni, perché esse erano per lo più nominate in modo tassativo e, dunque, sembravano essere *abschließend* e *zwingend* nei confronti del giudice, ciò che avrebbe dovuto inquadrate automaticamente fra le qualificazioni di *fattispecie* e non fra le regole di commisurazione. D'altronde, però, non si trattava di qualificazioni tutte dello stesso tipo: il § 223 a (*Gefährliche Körperverletzung*) prevedeva un caso aggravato del § 223 e il criterio di imputazione - come vedremo in seguito nel testo - doveva seguire la regola generale del dolo, mentre nei §§ 224-226 erano previsti *delitti qualificati dall'evento*, per i quali vale la regola del § 18 (imputazione per colpa), salvo il caso del § 225 che prevedeva espressamente un delitto qualificato dall'evento *intenzionale* (*Beabsichtigte schwere Körperverletzung*): cfr. A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, XXVI ed., Tübingen, 1999, sub §§ 224-226. Altri esempi di casi di speciale gravità li fornisce la fattispecie di furto (§§ 242-243: *Diebstahl*).

⁽³²⁾ Alla domanda circa gli scopi politico-criminali della formazione di *Wertgruppen* con riferimento ai *besonders schwere Fälle*, M. MAIWALD, (*Zur Problematik der «besonders schweren Fälle» im Strafrecht*, cit., 436), risponde con una affermazione molto significativa, a tenore della quale non si dovrebbe muovere un rimprovero alla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* il quale ha sempre tentato di salvare un *minimum* di determinatezza in questa figura giuridica; in particolare l'organo supremo della giurisdizione tedesca «*hat mit seiner Formudierung nämlich den Tatrichter angewiesen, für sich Wertgruppen zu bilden und sie gedanklich dem Normalstrafrahmen und dem Strafrahmen für besonders schwere Fälle zuzuordnen*»: l'affermazione è significativa perché dalla voce di un Autore sicuramente non sospettabile di non tenere nel dovuto conto i vincoli derivanti dal principio di legalità, si ritiene legittimo assegnare al giudice del fatto il compito di formare *da sé (für sich)* gruppi di valore per la selezione di cornici di pena alternative. Non condividiamo la conclusione dell'Autore in ordine alla domanda posta, e cioè che dal punto di vista politico-criminale la creazione di casi di speciale gravità non sarebbe altro che uno sbaglio del legislatore, poiché altrimenti si sarebbe dovuto assegnare alla qualificazione di gravità non solo l'effetto di modificare la cornice di pena, ma anche quello di mutare la qualità del reato (*Deliktsqualität*) da *Vergehen* a *Verbrechen* (*ibidem*). Come vedremo in seguito le ragioni della formazione di *Wertgruppen* nel diritto penale tedesco sono molto più profonde a nostro parere e sono

visione dei reati in *delitti e contravvenzioni*, che non è operata però, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, attraverso la *specie* della pena (art. 39 c.p.) ma attraverso la *quantità* della stessa.

In molti casi, poi, *besonders schwere Fälle* sono affiancati da *Regelbeispiele*, che indicano al giudice come orientarsi nella valutazione di gravità del fatto, attraverso un «esempio di regola», cioè attraverso un'esemplificazione *non vincolante* formulata nel seguente modo: «*Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter...* ». Si tratta appunto di regola non esclusiva e non vincolante che descrive i casi più importanti in cui il fatto *appare* di speciale gravità⁽³³⁾. La non vincolatività opera nella duplice direzione: da un lato un fatto concreto non corrispondente a quello tipizzato nel *Regelbeispiel* può ugualmente costituire un caso di speciale gravità; dall'altro, un fatto concreto corrispondente alla descrizione del *Regelbeispiel* non necessariamente deve essere riconosciuto specialmente grave e comportare di conseguenza la variazione della cornice di pena. La regola posta dal legislatore ha pertanto un significato *indiziante* in ordine alla gravità del fatto.

Tuttavia, la stessa appartenenza di taluni *besonders schwere Fälle* muniti di *Regelbeispiele* agli *unbenannte Strafänderungsgründe*, viene messa in discussione quando dal tenore letterale della disposizione sembra vincolante l'elencazione *casistica* delle ipotesi aggravate: è quanto avviene quando la legge descrive una serie di fatti in corrispondenza dei quali muta la cornice di pena e, *inoltre*, un caso *altrimenti (sonst)* di speciale gravità *innominato* (cfr. § 241a. IV): ci si chiede, a questo riguardo, se il giudice possa non ritenersi vincolato alla valutazione del legislatore, in presenza di un fatto che corrisponde a uno di quelli descritti come particolarmente

l'effetto di trasformazioni di fondo del diritto penale.

⁽³³⁾ Per un cenno ai *besonders schwere Fälle* cfr. anche G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 508 ss., nonché, approfonditamente, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, 320 ss.

gravi e se, quindi, almeno in questa direzione, sia vincolato alla lettera della legge.

Alla categoria appena esaminata (*unbenannte Strafänderungsgründe*), che si riporta in blocco alla materia della *Strafzumessung* (commisurazione della pena), si contrappone quella dei *benannte Strafänderungsgründe*. Il principio di demarcazione non sta, propriamente - come abbiamo visto - in ciò che gli uni sono *descritti* dal legislatore gli altri no, poiché entrambi possono trovare un supporto descrittivo in una disposizione di legge. La distinzione si fonda invece sul carattere *esclusivo e vincolante* (*abschließend und zwingend*) della regola, carattere che in un caso difetta (*unbenannte-*) nell'altro è presente (*benannte Strafänderungsgründe*). In quest'ultima configurazione si parla, come ricordavamo sopra, di *qualifizierende Tatbestände*. Da ciò deriva che per questa tipologia - in cui il giudice, accertato l'elemento aggiuntivo qualificante, *deve* giudicare come specialmente grave il fatto e, conseguentemente, irrogare la sanzione secondo la cornice di pena speciale - alla modificazione della fattispecie può corrispondere la *modificazione della natura del reato*, quindi (eventualmente) della sua qualità che da *Vergehen* può diventare *Verbrechen*, e, perciò, che sono applicabili i primi due commi del §12 *StGB*, non il terzo sopra richiamato (il quale non considera rilevanti le variazioni della cornice di pena dipendenti dai casi speciali, ai fini della individuazione del *tipo* di reato), con tutto ciò che ne segue in materia di punibilità del tentativo *ex* § 23. I⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Al livello di disciplina applicabile nell'ordinamento tedesco possiamo fornire il seguente quadro di sintesi. Ai fini della classificazione di un fatto di reato come *Verbrechen* o come *Vergehen*, il §12, 3, stabilisce che le aggravanti (*Schärfungen*) previste da disposizioni della parte generale o per casi di speciale gravità (di singoli reati) non vengono in considerazione. Questo significa che tali elementi non integrano il fatto di reato e in quanto tali non concorrono alla determinazione della sua qualità specifica di illecito, ma sono cause di modificazione della pena (*Strafänderungsgründe*). Tale classificazione è essenziale (solo per ricordare gli effetti più significativi) relativamente al tentativo: il § 23, 1, ne statuisce la punibilità con riferimento al *Vergehen* solo se la legge lo prevede, a differenza del tentativo di *Verbrechen* che già di per sé è punibile, indipendentemente da una previsione specifica. Correlativamente il tentativo di concor-

Questo schema teorico non si mostra, tuttavia, sufficientemente chiaro sul piano applicativo. Non solo perché il criterio del carattere «vincolante ed esclusivo» non è sempre di facile utilizzazione in quanto spesso dipende dall'interpretazione della norma di parte speciale; non solo perché - come vedremo in seguito, superato questo ambito introduttivo - da diverse parti in dottrina si dubita della validità di tale criterio anche con riferimento ai principi costituzionali del diritto penale e all'impianto teorico che lo sostiene; ma anche perché l'attribuzione del valore di fattispecie a un elemento aggravante non scioglie ancora tutti gli interrogativi sulla disciplina applicabile.

Una volta accertato che nella singola previsione si è di fronte non a una regola di commisurazione ma a una qualificazione di fattispecie, in quanto al giudice non sia conferito alcun potere discrezionale né rispetto all'individuazione degli elementi che connotano la qualificazione né rispetto alla loro efficacia in concreto, occorre ancora accertare - come si anticipava sopra - se la qualificazione sia idonea a produrre anche un *effetto novativo* di guisa che la fattispecie qualificata rappresenti una *diversa e autonoma figura* rispetto al reato semplice.

Questo effetto viene talvolta ricondotto a considerazioni fondate più che altro sul tipo di disvalore espresso dalla fattispecie qualificata o sull'eccessiva differenza sanzionatoria rispetto alla fattispecie semplice. Così, si afferma che in talune disposizioni non si dovrebbe parlare di *qualificazioni* o di *Abwandlungen*, poiché la modificazione (senza specificare, però, se si allude alla modificazione della *misura o specie* della sanzione, ovvero alla modificazione del *contenuto* della disposizione fondamentale) è così ampia che non contiene più incondizionatamente quella del delitto base⁽³⁵⁾. Si sarebbe qui in presenza di *Sondertatbestände* (*delicta sui generis*), in conseguenza

so nel reato (*Versuch der Beteiligung*) è circoscritto al tentativo di concorso nel *Verbrechen* (§ 30), non anche nel *Vergehen*. Cfr., in argomento, W. Küper, *Deliktsversuch, Regelbeispiel und Versuch des Regelbeispiels-Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 18.11.1985*, in *JZ*, 1986, 518 ss.

⁽³⁵⁾ In termini J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH, *Strafrecht*, A.T., cit., 116.

dei quali discenderebbero cospicui effetti sul piano delle regole applicabili in materia di concorso di persone.

Infatti, a norma del § 28 *StGB* il legislatore distingue, ai fini della loro riferibilità al concorrente (*Anstifter* o *Gehilfe*) e all'autore (*Täter*), fra elementi personali speciali che *fondano* la punibilità dell'autore ed elementi dello stesso tipo che *aggravano attenuano o escludono* la pena: il difetto dei primi relativamente al concorrente (non autore) ha come conseguenza l'attenuazione della di lui pena (§ 28. I), mentre i secondi rilevano solo per il concorrente al quale si riferiscono e, dunque, in loro difetto non è applicabile l'aggravamento della pena, ossia non sarà comunicabile la qualificazione ai concorrenti ai quali essa non si riferisca direttamente⁽³⁶⁾. Ciò in conseguenza, sul piano dogmatico, del fatto che per gli elementi di fattispecie vale il *principio di accessorietà*, il quale è mitigato, nel campo della *Strafzumessung*, dal *Selbständigkeitsgrundsatz*, il quale trova conferma anche nel § 29 in chiave di *limitierte Akzessorietät*⁽³⁷⁾.

Al livello esemplificativo, la questione è particolarmente significativa in materia di delitti contro la vita: la giurisprudenza vede nel § 211 (*Mord*) una fattispecie a sé (*eigenständiger Tatbestand*) rispetto al § 212 (*Totschlag*), così che gli elementi di cui al secondo comma del § 211 non sono aggravanti rispetto a quelli del § 212, ma *Strafbegründungen*. Questo significa che in loro presenza, relativamente ai concorrenti sarà applicabile il primo comma del § 28, non il secondo, ossia al concorrente verrà riconosciuta soltanto l'attenuazione di pena prevista in generale da tale disposizione; ben diversa la conseguenza se negli elementi caratterizzanti il § 211 si fosse riconosciuta la natura di qualificazioni della fattispecie base di omicidio *ex* § 212: in questa prospettiva si sarebbe dovuta escludere

⁽³⁶⁾ Cfr., nella letteratura italiana, con riferimento alla tematica del reato proprio, G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 852.

⁽³⁷⁾ Cfr. H.J. BRUNS, *Neues Strafzumessungsrecht?*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, 17.

l'applicabilità stessa del § 211 rispetto ai concorrenti le cui circostanze ivi previste non fossero direttamente pertinenti.

Discorso analogo è da farsi sul versante delle qualificazioni attenuanti (*Milderungsgründe*) per il rapporto fra i §§ 216 e 217 (rispettivamente: *Tötung auf Verlangen* e *Kindestötung*) e il già menzionato § 212. Da un lato si potrebbe sostenere, a favore della tesi che ritiene essere *Sonderdelikte* le incriminazioni di *omicidio a richiesta* e di *infanticidio*, che anche se insieme a questi fatti criminosi si realizzassero elementi che appartengono alla fattispecie di cui al § 211 (*Mord*), non sarebbe possibile tornare a quest'ultima, perché rispetto ad essa si avrebbe un effetto preclusivo (*Sperrwirkung*): se sussistessero, ad esempio, i presupposti per la valutazione del fatto come *Mord*, e contemporaneamente quelli propri della fattispecie di omicidio a richiesta, questa prevarrebbe sulla prima, in quanto sarebbe espressione di un *selbständiger Tatbestand*. D'altro canto, l'opportunità di riferire la fattispecie speciale ai soli concorrenti rispetto ai quali se ne realizzino i presupposti⁽³⁸⁾ e, quindi, di ritenere applicabile il già citato comma secondo del § 28, lascerebbe pensare che in tali qualificazioni si realizzino *Privilegierungen* anziché *selbständige Tatbestände*.

Da questo si arguisce che la distinzione fra *qualifizierte Tatbestände* e mere qualificazioni aggravanti o attenuanti non si lascia ricondurre in via esclusiva al binario della distinzione fra *abschließende und zwingende Umstände* da un lato, le quali vincolano il giudice all'applicazione tassativa della fattispecie qualificata, e *unbenannte Strafädelungsgründe*, i quali invece affidano al giudice la scelta in concreto dell'applicazione della cornice di pena speciale, poiché anche *qualifizierte Tatbestände* costruiti in modo tassativo e vincolante possono non essere considerati fondanti un tipo autonomo di illecito, per esempio ai fini dell'applicazione del § 28. I, *cit.*, in materia di concorso di persone nel reato.

⁽³⁸⁾ L'ipotesi potrebbe essere la seguente: Tizio chiede a Caio di essere ucciso; Caio non ha il coraggio di eseguire tale richiesta e chiede a sua volta a Sempronio di uccidere Tizio, ma senza informarlo della richiesta di questi.

In questo senso ci sembra di poter mettere in evidenza un punto di notevole importanza. Alla domanda relativa ai limiti di estensione del *principio di accessorietà* nel diritto penale tedesco, non si può rispondere, a nostro sommo avviso, prendendo come punto di discriminazione la qualità di *fattispecie* o rispettivamente di *regola di commisurazione* della qualificazione aggravante. In altri termini, tanto le *Strafzumessungsregeln* quanto i *Tatbestandsmerkmale*, sembra pacifico debbano sottostare all'ambito applicativo del § 28. II; ciò significa che per essi ha luogo un *allentamento* del principio di accessorietà, di cui già si è fatto cenno. Non ci sembra pertanto condivisibile quell'opinione, autorevolmente espressa, secondo cui le disposizioni che discendono dal principio di accessorietà hanno a che fare con l'imputazione di circostanze appartenenti alla fattispecie legale (*Tatbestandsmerkmale*) mentre le regole di commisurazione in quanto non hanno a che fare con il *tipo* rimangono estranee al principio di accessorietà⁽³⁹⁾.

In realtà l'applicazione del § 28. II, alle *Strafzumessungsregeln* avviene per analogia⁽⁴⁰⁾, posto che di per sé tale disposizione *presuppone che si tratti di imputazione di elementi appartenenti alla fattispecie*⁽⁴¹⁾. Di talché quando una circostanza appartenga alla fattispecie ma sia di carattere personale (*täterbezogener Umstand*), si addebita solo al concorrente in capo al quale si realizza, per espresso disposto del § 28. II⁽⁴²⁾. In analogia a questa disposizione e sulla ba-

⁽³⁹⁾ M. MAIWALD, *Zur Problematik der «besonders schweren Fälle» im Strafrecht*, cit., 437: «Wären die besonders schweren Fälle nur und nichts anderes als schlichte Strafzumessungsregeln, so müßte die Antwort auf die Frage eindeutig lauten, daß die Akzessorietätsvorschriften auf sie nicht anwendbar sind. Denn die Akzessorietätsvorschriften beschäftigen sich mit der Zurechnung von tatbestandlich vertypeten Umständen, während Strafzumessungsregeln mit dem tatbestandlichen Typus nichts zu tun haben».

⁽⁴⁰⁾ Sull'applicazione analogica del § 28, II, StGB, alle *Regelbeispiele* e sulle conseguenti implicazioni in tema di principio di *accessorietà*, cfr. H. J. BRUNS, *Über Strafraumenänderungen bei unterschiedlich Beteiligten an unbenannten Falldifferenzierungen*, in GA, 1988, 340.

⁽⁴¹⁾ Così, in termini, lo stesso M. MAIWALD, *ibidem*, 438, il quale sul punto ci sembra pienamente condivisibile.

⁽⁴²⁾ Cfr. la casistica esaminata in J. WESSELS, *Strafrecht B.T., Schwerpunkte*, XXI

se della *ratio* cui è informato anche il § 29 (*Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten*), si applica lo stesso secondo comma del § 28 in corrispondenza delle regole di commisurazione, le quali essendo in primo luogo funzionali alla valutazione della colpevolezza del reo (§ 46. I), non possono che aver riguardo alla sua propria colpevolezza prescindendo da quella degli altri concorrenti. Rispetto a tali regole, pertanto, non è neanche necessaria, allo scopo dell'applicazione del § 28, la distinzione fra circostanze a carattere personale⁽⁴³⁾ (*täterbezogene*) e a carattere oggettivo (*tatbezogene Umstände*), in quanto esse, ai fini della comunicazione ai concorrenti, si convertono necessariamente in circostanze a carattere personale, in forza dei §§ 29 e 46, I, già richiamati. Ciò significa, conseguentemente, limitazione del principio di accessorietà in materia concorsuale⁽⁴⁴⁾.

Il punto rilevante, invece, sempre ai fini dell'applicazione del § 28, è dato dalla distinzione fra circostanze che *fondano la punibilità* (primo comma) e circostanze che non hanno tale valore. Posto che non ogni fattispecie qualificata in senso stretto sarebbe anche per ciò solo un *delictum sui generis*, ossia un *Sondertatbestand*⁽⁴⁵⁾, in molti casi la qualificazione può rilevare solo rispetto al concorrente cui si riferisca direttamente *pur non essendo mera regola di commisurazione*.

ed., Heidelberg, 1997, 31.

⁽⁴³⁾ È interessante osservare che le «circostanze a carattere personale» di cui al § 28 non coincidono con le omonime circostanze di cui al § 14, I, relativamente, queste ultime, alla disciplina della *responsabilità degli organi* (*Handeln für einen anderen*). Esse, inoltre, non coincidono né con le *circostanze inerenti alla persona del colpevole* dell'ordinamento italiano (art. 70, II co., c.p.), né con le *circostanze soggettive* (art. 70, I co., n. 2, c.p.), potendosi identificare in qualsiasi qualità o carattere, fisico psichico o giuridico, della persona, o, ancora, in rapporti o altre circostanze che appartengono al tipo di delitto e che si ricollegano all'autore, indipendentemente dalla loro durata (cfr. K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, XXII ed., München, 1997, sub § 28, 3).

⁽⁴⁴⁾ K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, cit., § 29, 215.

⁽⁴⁵⁾ Da non confondere con i *Sonderdelikte* i quali, in opposizione agli *Allgemeindelikte*, concernono *Täterqualifikationen*, ossia qualificazioni pertinenti all'autore: cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, A.T., cit., 283. Per un inquadramento comparatistico di questa categoria di reati, cfr. G.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit., 845 ss.