BIBLIOTECA DI
STVDI VRBINATI

A CURA DI
ROSA PALAVERA, NICOLA PASCUCCI, CECILIA VALBONESI

SILENZIO, DIRITTO, DIRITTI



Urbino
University Press



BIBLIOTECA DI
STVDI VRBINATI

2

1506
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO
UUP URBINO UNIVERSITY PRESS

La Collana Biblioteca di Studi Urbinati affianca la Rivista Studi Urbinati, che svolge un'intensa attività culturale e scientifica da quasi cento anni. La Collana accoglie opere individuali o collettanee di respiro monografico relative agli stessi ambiti scientifici della Rivista: Diritto, Economia, Scienze politiche, Sociologia.

A CURA DI
ROSA PALAVERA, NICOLA PASCUCCI, CECILIA VALBONESI

SILENZIO, DIRITTO, DIRITTI

SILENZIO, DIRITTO, DIRITTI
a cura di Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Cecilia Valbonesi

Comitato di direzione
Ulrico Agnati, Marco Cangiotti (Direttore), Monica De Simone (Coordinatrice della redazione), Paolo Polidori, Cesare Silla

Comitato scientifico
Fei Anling (Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino), Roberta Cucca (Norwegian University of Life Sciences), Mauro Magatti (Università Cattolica del S. Cuore di Milano), Hans-Peter Müller (HU Berlin), Arpad Szakolczai (University of St. Gallen), Chiara Tenella Sillani (Università degli Studi di Milano), Bjørn Thomassen (Roskilde Universitet), Davide Ticchi (Università Politecnica delle Marche), Frederic Vandenberghe (IFCS-UFRJ), Romana Xerex (Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa)

Redazione
Monica De Simone (coordinamento), Rossella Iatomasi, Marco Pernarella, Francesca Zanetti

Progetto grafico
Mattia Gabellini

Referente UUP
Giovanna Bruscolini

In copertina
Vilhelm Hammershøi, *The tall windows*, Museum Ordrupgaard, Charlottenlund (Dk)

[Print] ISBN 9791257650087
[PDF] ISBN 9791257650063
[ePub] ISBN 9791257650070

Opera sottoposta a peer review secondo il protocollo UPI

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
https://press.uniurb.it/index.php/UrbinoUP

© Gli autori per il testo, 2025, 2026
© Urbino University Press per la presente edizione
Pubblicato da: Urbino University Press | Via Saffi, 2 | 61029 Urbino
Sito web: https://uup.uniurb.it/ | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (https://www.streetlib.com/it/)

SOMMARIO

Ius tacere, ius tacendi 9
Rosa Palavera

Per non tacere il silenzio 15
Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Cecilia Valbonesi

CAPITOLO I

Il silenzio come spazio normativo

Silenzio e potere politico in Roma antica 33
Margherita Frare

Misura e validazione della «diligenza organizzativa». Tra anomia, Stato post-regolatore, ordinamenti periferici 45
Eliana Greco

La comunicazione interna ed esterna dei modelli aziendali di organizzazione e controllo nella prevenzione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro 63
Filomena Pisconti

CAPITOLO II

Il silenzio del legislatore

Tra silenzi e dissimulazione: Gli inasprimenti di pena tramite la politica delle circostanze del reato 77
Gianluca Ruggiero

Extradition of Persons with Mental Disorders and the Related Administrative Dimension: A Comparative Perspective between Civil Law and Common Law Systems 95
Alessia Teresa Accoto

Blockchain and criminal protection of personal data: challenges and perspectives under GDPR and italian law 115
Carlotta Conversi

CAPITOLO III

Il silenzio delle spade

Restorative justice and supranational sources: an overview 129
Elena Mattevi

Gemelli diversi. La recente riforma spagnola in tema di giustizia riparativa non colma le distanze con il sistema italiano 145
Davide Bianchi

Reflections on the Legitimacy and Limits of EU Sanctions in the Context of International Criminal Law 179
Magdi Nicoletta Vecchiet

CAPITOLO IV

Il silenzio delle vittime

I percorsi riparativi nei casi di violenza contro le donne. 199
La narrazione come risposta al "silenziamento" della vittima fra dinamiche di reificazione e "ingiustizia epistemica"
Marta Lamanuzzi

Rumore bianco, le città sorgive e i centri di aiuto per le vittime di reato. 215
Donde hay musica no puede haber cosa mala
Ivan Cecchini

CAPITOLO V

Silenzi dietro le sbarre

Il "silenzio degli innocenti": infanzia reclusa. 267
Quali possibili strategie per tutelare chi non può difendersi?
Emma Tidu

La pena del silenzio: separazione e disumanizzazione.
Riflessioni dal film Il segreto dei suoi occhi di Juan Josè Campanella 297
Alberto Tortoroglio

TRA SILENZI E DISSIMULAZIONE:
Gli inasprimenti di pena tramite la politica delle circostanze del reato

Gianluca Ruggiero

1. "NON RIVELARE NULLA"

Il titolo del ciclo di incontri *Silenzio & Diritto*, dedicato alla cosiddetta *Fatti-specie reticente* e ai "silenzi" del legislatore, è ben rappresentato dall'immagine in locandina che riprende l'opera barocca *Le Silence* del 1790 del pittore francese Joseph Ducreux che ritrae un uomo che porta l'indice sulle labbra con uno sguardo che non è un invito al silenzio, ma un segnale tra la complicità e la connivenza, una richiesta a "non rivelare nulla", a "non parlare". Un gesto eloquente e carico di mistero.

Sono tante le ipotesi in cui la letteratura penale si trova a confrontarsi con i silenzi carichi di mistero del legislatore. Spazi vuoti che necessariamente sono occupati dall'interpretazione giudiziale e accademica. Talvolta, il silenzio nasconde una *truffa delle etichette* come spesso è rappresentata, ad esempio, la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti in merito alla sua natura giuridica. Altre volte, il silenzio può nascondere un *escamotage* che consente al legislatore la possibilità di raggiungere l'obiettivo che si è prefissato, ma in modo meno dirompente, più silenzioso tanto da passare in sordina.

Le brevi riflessioni che seguono girano attorno a un dubbio legato al silenzio e agli obiettivi del legislatore penale: da una parte, la disciplina delle circostanze del reato – e in particolare il tema delle blindature delle circostanze nel giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. – che solitamente non fa rumore come se fosse un aspetto secondario, quasi ai margini del sistema penale; dall'altra, la "prepotenza" di un titolo autonomo di reato di nuovo conio che irrompe nell'ordinamento attirando l'attenzione degli studiosi e soprattutto dell'opinione pubblica. A guidare questo dubbio la storia recente del delitto di femminicidio, un tempo inquadrato dal *Codice rosso* come omicidio aggravato con una blindatura parziale delle circostanze aggravanti e oggi titolo autonomo di reato ai sensi dell'art. 577 *bis* c.p.

Due modalità di produzione della materia penale che possono condividere lo stesso esito e la stessa volontà del legislatore in un'epoca di passioni tristi e di mero repressivismo progressivo, dalla cui scelta del tutto arbitraria, il potere politico trae vantaggi e svantaggi a seconda del suo obiettivo comunicativo: silenzio o clamore.

2. LE CIRCOSTANZE DEL REATO (CENNI)

L'illecito penale è un'entità giuridica *graduabile*, ed è proprio in ragione di una ontologica variabilità di disvalore che esso esprime che il legislatore prevede accanto alla descrizione del fatto una forbice edittale e non una pena fissa[1]. La forbice edittale impone al giudice un'attività di commisurazione guidata dagli indici posti dall'art. 133 c.p. – gravità del fatto e capacità a delinquere del reo – per trovare un adeguato equilibrio tra disvalore del fatto ed entità della pena.

Talvolta, accade che la forbice edittale non sia sufficiente a rappresentare il disvalore concreto dell'illecito, in quanto la fattispecie astratta non è mai in grado di esaurire interamente tutti i casi della vita. In altri termini, alcuni aspetti particolari del fatto che in concreto si è consumato, che sono in grado di incidere sul trattamento sanzionatorio, non riescono a trovare la giusta "considerazione" all'interno della forbice edittale e dei criteri guida posti dall'art. 133 c.p.

Alla commisurazione *in senso stretto* quindi si aggiunge così una *in senso lato,* perché la scelta della pena più adeguata al caso concreto prosegue oltre il limite massimo o minimo della pena edittale, dipendendo dall'applicazione degli elementi circostanziali che sono in grado di completare la fase di determinazione del trattamento sanzionatorio[2].

La ricorrenza delle circostanze comporta una modificazione, quantitativa o qualitativa, della pena in un senso che può essere sfavorevole o favorevole al reo. Si tratta di componenti molto importanti all'interno del sistema poiché concorrono al processo di individualizzazione del trattamento sanzionatorio al fatto concreto, e dunque possono realizzare l'istanza costituzionale di proporzione sottesa all'intero ordinamento penale. Inoltre, esse rappresentano un argine alla trasformazione della discrezionalità commisurativa del potere giudiziario in un vero e proprio arbitrio perché impongono, per via legislativa, l'obbligo di presa

1 Fatta eccezione per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo che rappresenta però una pena fissa *sui generis* in ragione della possibilità per il condannato di poter accedere, in alcuni casi, alla liberazione condizionale.

2 F. CONSULICH, *Le circostanze del reato,* in *Il sistema penale*, a cura di C.E. PALIERO, Torino 2024, 478.

in considerazione[3] di alcuni elementi del fatto che il legislatore ritiene rilevanti ai fini della determinazione del disvalore del reato e che non possono scomparire nel "calcolo", o meglio dire nel processo "intuitivo" della commisurazione giudiziale.

È evidente, in estrema sintesi, che attorno alla categoria delle circostanze ruota uno confronto *silente,* tra due super-principi della penalità: la *legalità* con il suo rigido imperativo del rispetto del dettato legislativo; la *discrezionalità* legata al *volto costituzionale dell'illecito* e al *volto del reo.* Le differenti tecniche legislative adottate per la disciplina delle circostanze possono comprimere o espandere i due principi, andando a restringere (se non addirittura ad annullare) i margini di discrezionalità giudiziale a favore della *legalità,* oppure estendendoli a favore del potere giudiziario.

3. IL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO, DAL CODICE ROCCO ALLA RIFORMA DEL'74

Uno dei "terreni" in cui il confronto tra *legalità* e *discrezionalità* si fa più vivace è l'istituto del concorso eterogeneo di circostanze, che pur collocato nell'art. 69 c.p. riveste un'importante capacità performativa dell'intero volto dell'illecito penale e dell'orientamento della politica criminale nel nostro ordinamento[4].

Le ragioni sono presto dette. Da una parte, c'è l'abnorme produzione legislativa delle circostanze per cui quasi sempre un reato si manifesta circostanziato; dall'altro, l'enorme potere esercitato dall'interpretazione giudiziale[5] tramite le circostanze che, talvolta, è in grado di annichilire la volontà legislativa. È facile intuire allora la spasmodica attenzione per questo istituto, oggetto di numerose riforme: tra ampliamenti e restrizioni, il giudizio di bilanciamento rappresenta al meglio il gioco del tiro alla fune tra *legalità* e *discrezionalità.*

Si è in presenza di concorso eterogeneo nell'ipotesi in cui sullo stesso reato convergono sia circostanze aggravanti che attenuanti, e dunque il giudice è chiamato a operare un giudizio di prevalenza o di equivalenza. A differenza della fredda e aritmetica disciplina del Codice Zanardelli che prevedeva l'applicazione

3 R. BARTOLI, *Le circostanze "al bivio" tra legalità e discrezionalità*, in CP 5/2016, 2263. R. BARTOLI, M. PIFFERI (a cura di) *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità,* Milano 2016, 19 ss. L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma,* Firenze 2014, 1 ss.

4 A. CAPUTO, *Una nuova declaratoria di illegittimità costituzionale dei limiti al giudizio di bilanciamento,* in CP 9/2023, 2736.

5 F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato, l'enorme potere dei giudici sulle circostanze,* in RIDPP 2015, 1743 ss.

congiunta dei singoli aumenti e diminuzioni di pena; la Relazione ministeriale al Codice Rocco, definiva il bilanciamento *ex* art. 69 c.p. un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato.

La disciplina – così come imposta – appare una sorta di "romanzo senza fine[6]" poiché consente un'espansione rilevante della discrezionalità giudiziale: se si giudicano prevalenti le aggravanti, non si considerano le diminuzioni di pena date dalle attenuanti; se si ritengono prevalenti le attenuanti, non si computano le aggravanti; se aggravanti e attenuanti si ritengono equivalenti, si applica la pena che sarebbe stata comminata se non concorresse alcuna circostanza. Soprattutto, quel che conta non è il numero delle circostanze, potendo anche una sola circostanza attenuante (o aggravante) prevalere su una molteplicità di circostanze di segno opposto. Il giudice, infatti, è chiamato dall'art. 69 c.p. a *pesare,* e quindi a valutare quale elemento circostanziale incide di più sul disvalore del fatto di reato.

È inutile dire che è un "romanzo senza fine" – impossibile da riassumere in queste brevi riflessioni – anche la proliferazione di tesi e orientamenti della letteratura che sin dalla promulgazione del Codice a oggi hanno tentato di giustificare la bontà o l'irrazionalità del giudizio di bilanciamento.

Un "romanzo senza fine" è anche la legislazione attorno all'art. 69 c.p.

Il testo originario della disposizione prevedeva, infatti, due preclusioni al giudizio di bilanciamento: ai sensi del quarto comma le disposizioni di cui ai commi precedenti «*non si applicano alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e a qualsiasi altra circostanza, per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato*»; in tal caso, stabiliva il quinto comma, «*gli aumenti e le diminuzioni di pena si operano a norma dell'articolo 63, valutata per ultima la recidiva*».

Le due preclusioni rispondevano a una logica immanente al sistema del Codice in quanto le circostanze autonome introducevano una diversa cornice edittale dipendente da una valutazione legislativa di maggiore o minore gravità[7]; mentre, l'esclusione di quelle inerenti alla persona del colpevole dipendeva da una eterogeneità funzionale rispetto alle circostanze reali. Infine, l'ultima parte del comma 5 dell'art. 69, assicurava un "privilegio" alla circostanza della recidiva i cui effetti dovevano comunque essere conteggiati per ultimi, per evitare una possibile elisione attraverso precedenti passaggi di commisurazione della pena[8].

6 F. CONSULICH, *Le circostanze del reato,* cit., 494.

7 T. PADOVANI, *Circostanze del reato* (voce), in DDP, II, Torino 1988, 212 ss.

8 A. MELCHIONDA, *Art. 3 legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in LP 2006, 438.

La nota riforma del 1974[9] ha eliminato le due preclusioni, estendendo il giudizio di bilanciamento anche alle circostanze autonome e a quelle inerenti alla persona del colpevole.

La riforma fu oggetto di aspre critiche da parte della letteratura che sottolineava da una parte, l'enorme potere discrezionale che veniva attribuito ai giudici nella fase di commisurazione della pena[10]; dall'altra, che – seppur innovativa – la novella rappresentava un *escamotage* per evitare la revisione della Parte Speciale del Codice con le sue anacronistiche cornici edittali[11].

4. LA FUNZIONE DEL GIUDIZIO *EX* ART. 69 C.P.

Con la novella del 1974 è tornato il dibattito – invero mai sopito – in relazione alla funzione del giudizio di bilanciamento che in estrema sintesi (e in modo non esaustivo) può essere ricondotto a due orientamenti.

Una prima tesi, che trova ancoraggio nelle indicazioni offerte dalla Relazione al Re del progetto definitivo del Codice[12], legge nel giudizio *ex* art. 69 c.p. la funzione di individualizzazione della pena nel senso di adeguamento della sanzione al caso concreto[13]. La seconda tesi colloca, invece, il giudizio nell'ambito della determinazione legale della pena, quindi nella fase astratta precedente alla commisurazione da parte del giudice[14].

Quest'ultima tesi – proposta prima della novella del'74 – si basava su tre elementi normativi: a) l'esclusione dal giudizio di comparazione posta dall'allora quarto comma in relazione alle circostanze inerenti alla persona del colpevole; b) l'incidenza della disciplina dell'art. 69 c.p. sulla definizione dei termini di prescrizione del reato; c) il c.d. *effetto di elisione* di alcune circostanze come conseguenza del bilanciamento. I primi due elementi sono stati superati dalla riforma del'74 (e poi dalla legge n. 251 del 2005[15]); mentre, per parte della letteratura, permane l'*effetto di elisione* che non consente al giudizio di comparazione di essere defi-

9 In particolare, l'art. 6 d.l. 11 aprile 1974, n. 99 conv. con modif. dalla l. 7 giugno 1974 n. 220.

10 D. PULITANÒ, *Diritto penale,* Torino 2019, 430 s.

11 T. PADOVANI, *Circostanze del reato,* cit., 213.

12 La Relazione al Re sottolineava la «*necessità che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche*».

13 A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento,* Torino 2010, 23.

14 M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale,* vol. I, *Art. 1-83,* Milano 2004, 709.

15 L'art. 6 della Legge del 2005 ha sostituito l'art. 157 c.p. che, nella nuova formulazione, stabilisce al terzo comma l'inapplicabilità dell'art. 69 c.p.

nito il vero e proprio momento di individualizzazione della pena[16] in quanto le circostanze soccombenti scomparirebbero sotto il peso delle circostanze ritenute prevalenti. In altre parole, riprendendo l'espressione di Francesco Carnelutti, tali circostanze cadrebbero sotto l'*effetto di elisione*[17] e quindi non sarebbero più considerate dal giudice per la determinazione della pena finale, con la logica conseguenza di impedire una genuina valutazione del caso concreto[18].

Di diverso avviso è, invece, parte della letteratura che ritiene che nella individualizzazione della pena base, il giudice deve escludere dalla propria ricognizione l'elemento qualificato come circostanza al fine di evitare la doppia valutazione, in modo tale che la considerazione della circostanza assuma attualità già nella fase preliminare dell'intero procedimento commisurativo e non solo nella fase di aumento o di diminuzione della pena. Per Giancarlo De Vero, il giudizio di bilanciamento «*serve in limine a stabilire quale modello commisurativo il giudice deve seguire nell'operazione di commisurazione in senso stretto*» occorrendo decidere «*se determinati fattori, comunque appartenenti al sostrato di fatto della misura della pena e quindi in nessun caso "cancellabili", debbano essere valutati nella prospettiva dell'art. 63, comma 1, se le corrispondenti circostanze proprie risultano prevalenti, ovvero in quella dell'art. 133 c.p., se le medesime siano invece ritenute soccombenti*»; in questo caso «*è assolutamente fuor di luogo parlare di elisione del relativo valore*» che, invece, troverà adeguata considerazione nella definizione della pena base[19]. In altri termini, nessuna circostanza sarà dimenticata: gli elementi soccombenti saranno recuperati per la commisurazione della pena base rivestendo il "nuovo" ruolo di *circostanze improprie* al pari degli indici dell'art. 133 c.p.

Di particolare interesse la posizione della giurisprudenza costituzionale che ha sempre riconosciuto al giudizio di bilanciamento una funzione di individualizzazione della pena. La Corte costituzionale ha sottolineato in più occasioni come la riforma del'74 sia stata spinta dall'intento di «*adeguatezza in concreto della pena, rispetto alle rigidità (in eccesso) che si erano verificate con particolare riguardo alla parallela esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze aggravanti che determinano la pena in modo indipendente da quella ordinaria*

16 F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata comune: implicazioni sul bilanciamento e sugli altri effetti ad essa connessi,* in CP 2007, 4109.

17 SABATINI GIUS., *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso,* in AP 1952, I, 116. Dello stesso tenore F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale,* Milano 1943, 223.

18 L'espressione è di A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli 1971, 55.

19 G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena,* Milano 1983, 199 s. Negli stessi termini parte della giurisprudenza di legittimità Cfr. C., Sez. VI, 15 dicembre 1992, n. 2018.

del reato o che stabiliscono una pena di specie diversa[20]». Per la nota sentenza n. 38 del 1985, il legislatore tramite l'art. 69 c.p. attribuisce ai giudici il potere di «*esprimere, ai fini della pena, un giudizio omogeneo e complessivo su tutta la vicenda soggettiva ed oggettiva dell'illecito*».

5. IL DIRITTO PENALE *DELL'EMERGENZA*

A pochi anni dalla novella del'74, nel 1979 la legislazione emergenziale dei cosiddetti *anni di piombo* ha inaugurato una nuova modalità di inasprimento sanzionatorio: non solo creare nuove fattispecie di reato e inasprire le sanzioni delle fattispecie già esistenti, ma anche prevedere delle deroghe al giudizio di bilanciamento attraverso le c.d. blindature o privilegi[21]. Appena liberato dai lacci e lacciuoli posti dai compilatori del Codice, e aperto alla discrezionalità giudiziale, il giudizio di bilanciamento tornava (in parte) ad essere servo delle ragioni della politica criminale.

Il primo intervento si deve al decreto-legge 15 novembre 1979, n. 625 – Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica – conv. con modif. nella legge 6 febbraio 1980, n. 15 che all'art. 1 stabiliva: «*le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato*».

Sin da subito l'interpretazione della disposizione suscitò un vivace confronto in letteratura.

Una prima tesi, muovendo dalla considerazione della generale obbligatorietà del giudizio *ex* art. 69 c.p. aveva attribuito alla deroga del'79 il significato di stabilire la vincolatività dell'esito della comparazione; in altri termini, la deroga avrebbe imposto la necessaria prevalenza delle aggravanti con l'inapplicabilità, quindi l'*elisione,* delle attenuanti soccombenti.

Un secondo orientamento – fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale del 1985 – leggeva nella norma, invece, una mera facoltatività del giudizio di comparazione, e di conseguenza, la prevalenza delle aggravanti si porrà come

20 C. cost. sent. 168 del 1994.

21 Le circostanze privilegiate sono distinte in due categorie a seconda che la blindatura sia totale o parziale. Nella prima ipotesi si esclude che le circostanze attenuanti concorrenti possano essere dichiarate prevalenti o equivalenti con la circostanza rafforzata; nella seconda ipotesi viene, invece, esclusa per le circostanze attenuanti solo la prevalenza, rimanendo impregiudicata la possibilità di una loro equivalenza. A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate,* cit., 83.

esito vincolato solo se il giudice non avrà ritenuto di applicare distintamente e successivamente, *ex* art. 63 c.p., le variazioni di pena date da tutte le circostanze concorrenti[22].

Con la legislazione del 1991[23] viene introdotta un'altra particolare deroga al giudizio, caratterizzata da un lato, dall'esclusione della prevalenza e dell'equivalenza delle circostanze attenuanti indicate rispetto alle aggravanti privilegiate, e dall'altro, dalla previsione che le diminuzioni di pena si applicano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente all'applicazione delle aggravanti.

L'impostazione normativa della deroga degli anni '90 ha portato la letteratura a seguire due diversi orientamenti: a) il legislatore ha recepito *in toto* le indicazioni della Consulta del 1985, e quindi dopo aver escluso l'equivalenza o la prevalenza delle attenuanti, la norma andrebbe a prevedere il principio secondo il quale le diminuzioni di pena si operano sull'aumento conseguente alle aggravanti[24]; b) «*se concorrono con le aggravanti in questione anche circostanze attenuanti (...) queste ultime non possono impedire l'aumento relativo alle finalità di terrorismo e/o ad altre aggravanti autonome, ma devono essere tenute in conto ove il giudizio di comparazione non sfoci nella prevalenza delle aggravanti: in tal caso per le attenuanti non soccombenti si farà luogo alle diminuzioni di pena relative muovendo dalla pena risultante dagli aumenti già previamente operati*[25]».

La traccia adottata nel 1991 è stata impiegata dalla successiva legislazione – come nella repressiva novella della recidiva del 2005[26] – e oggi caratterizza la maggioranza delle deroghe al giudizio di bilanciamento[27] che tuttora mantengono vivo il dibattito nella letteratura tra coloro che sostengono che le deroghe all'art. 69 c.p. seguono il modello tracciato dalle sentenze del 1985 e chi vede nella norma e nella *ratio* delle circostanze privilegiate una forma di esclusione del giudizio di bilanciamento[28].

22 G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale,* nota a C. cost. sentenze nn. 38 del 1985 e 194 del 1985, in RIDPP 1986, 1295.

23 Art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. con modif. nella l. 12 luglio 1991, n. 203 e art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 conv. con modif. nella l. 18 febbraio 1992, n. 172.

24 G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 7, d.l. 31 dicembre 1991, n. 419,* in LP 1992, 771.

25 M. ROMANO, *Commentario sistematico,* cit., 716.

26 E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia,* in RIDPP 2-3/2007, 520. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili,* in GD, Dossier, 1/2006, 32 ss. G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere,* in DPP 2006, 170 ss. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva,* in DPP 2006, 175 ss. G. CARUSO, *Recidiva* (voce), in DDP, Agg., vol. II, Utet 2008, 1048.

27 A. CAPUTO, *Una nuova declaratoria di illegittimità costituzionale,* cit., 2736.

28 G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122,* in LP 1994, 211.

6. LE BLINDATURE. *L'OMICIDIO DI PROSSIMITÀ*

Il *diritto vigente* offre un panorama molto ampio e confuso di deroghe al giudizio di bilanciamento. Deroghe che non seguono alcun *fil rouge,* nemmeno quello più comune della rilevanza del bene giuridico, ma che sono invece accomunate solo dalla volontà di garantire *in concreto* un forte inasprimento sanzionatorio tramite l'obbligo rafforzato di presa in considerazione delle circostanze aggravanti privilegiate.

Non potendo per ragioni di sinteticità del presente lavoro riportare un quadro completo dei privilegi (parziali e totali) nel nostro ordinamento, si propone invece una riflessione sulla blindatura del delitto di omicidio volontario introdotta nel 2019 con la legislazione del c.d. *Codice rosso* e dichiarata poi parzialmente incostituzionale.

Con la sentenza n. 197 del 2023 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 577, co. 3, c.p. nella parte in cui impedisce la soccombenza della circostanza aggravante del c.d. *omicidio di prossimità*, commesso a danno di un familiare o altra persona legata da un rapporto di convivenza o affettivo, rispetto alle attenuanti generiche e alla provocazione.

Tre gli episodi che hanno dato origine alla questione di legittimità costituzionale[29]: a) un uomo da tempo dedito alla cura della moglie affetta da un grave disturbo bipolare la uccideva in occasione dell'ennesima aggressione violenta della donna; b) dopo anni di violenze, subite insieme alla mamma e al fratello, un ragazzo accoltellava il padre durante una lite domestica provocandone la morte; c) una donna, vittima di ripetute violenze e abusi da parte del marito, lo strangolava durante il sonno dopo avergli somministrato del sonnifero. Tre drammatiche vicende «*maturate in contesti di prolungata e intensa sofferenza, causata da una lunga serie di soprusi e maltrattamenti posti in essere – colpevolmente o no – dalle stesse vittime*[30]».

In tutti questi casi trovava applicazione la disciplina dell'omicidio aggravato, ai sensi dell'art. 577, co. 3, c.p. in cui il legislatore aveva sancito la blindatura parziale dell'aggravante rispetto alla maggior parte delle attenuanti previste dal Codice.

29 M. PELISSERO, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali: la fragilità dei limiti al giudizio di bilanciamento delle circostanze di fronte alla vulnerabilità individuale,* in RIDPP 2024, 161 ss. S. PRANDI, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità,* in DPP 5/2024, 625 ss.

30 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.1 del *Considerato in diritto.*

La circostanza oggetto della scure della Consulta è stata al centro negli ultimi anni di diverse novelle dirette a un inasprimento della pena per il delitto di omicidio nelle ipotesi in cui la vittima sia legata al reo da un rapporto di parentela o affettivo. Originariamente l'aggravante era legata al solo omicidio dell'ascendente o del discendente ai sensi dell'art. 577, co. 1, c.p., e all'omicidio commesso in danno del coniuge, del fratello o sorella, del padre o della madre adottivi, o del figlio adottivo o contro un affine in linea retta *ex* art. 577, co. 2, c.p.

Con la Legge 11 gennaio 2018, n. 4, l'aggravante di cui al primo comma è stata estesa anche a nuovi soggetti passivi del reato quali il coniuge anche legalmente separato, l'altra parte dell'unione civile e la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente; mentre, il secondo comma è stato esteso anche al coniuge divorziato e all'altra parte dell'unione civile ove cessata. Nel 2019, con la Legge n. 69 – *Codice rosso* – la platea dei soggetti passivi è stata ulteriormente estesa: il primo comma si riferisce anche al discendente per effetto di adozione di minore, e l'espressione «*contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente*» veniva sostituita con «*persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva*» considerando alternative le due condizioni che in precedenza dovevano coesistere. Il secondo comma veniva esteso, invece, anche alle persone legate al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, nonché all'adottante o l'adottato nell'ipotesi di adozione del maggiorenne.

Oltre a estendere la platea dei soggetti passivi, il legislatore del *Codice rosso* introduceva la blindatura parziale che sanciva il divieto di prevalenza sulle aggravanti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 577 c.p. di ogni attenuante diversa dal vizio parziale di mente, della minore età, dei motivi di particolare valore morale o sociale e delle diminuenti di cui all'art. 114 c.p.

La novella del 2019 con lo scopo di garantire un severo trattamento sanzionatorio andava a ridurre la discrezionalità dell'autorità giudiziaria nella commisurazione della pena attraverso un irrigidimento del bilanciamento delle circostanze[31]. Infatti, come nei giudizi per cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, la normativa non consentiva la dichiarazione di prevalenza di circostanze quali la provocazione e le attenuanti generiche. Il meccanismo di blindatura parziale stabiliva che il giudice avrebbe potuto dichiarare le attenuanti al massimo equivalenti rispetto all'aggravante, con conseguente applicabilità della pena base per l'omicidio volontario e quindi la pena da ven-

31 P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi,* Milano 2020, 176.

tuno a ventiquattro anni di reclusione. Attraverso questa tecnica legislativa, il legislatore aveva raggiunto l'obiettivo di ridurre i margini di discrezionalità giudiziaria che avrebbero potuto vanificare la *ratio* della disciplina legale tarata su una politica criminale che valutava l'*omicidio aggravato dalla prossimità* come portatore di una gravità impressa in astratto[32] e quindi indiscutibile, o meglio non bilanciabile. Dinanzi alla necessità di dare una risposta severa agli omicidi infra-familiari e in particolare i c.d. femminicidi, la previsione di un limite alla discrezionalità giudiziale *ex* art. 69 c.p. appariva al legislatore necessaria per evitare il rischio della "disapplicazione" delle aggravanti.

Dinanzi alla complessità delle concrete situazioni di vita, la Corte costituzionale ha dichiarato l'art. 577, co. 3, c.p. parzialmente illegittimo, rilevando plurimi profili di violazione degli artt. 3 e 27 Cost. e restituendo di fatto al giudice il suo margine di discrezionalità nel bilanciamento *ex* art. 69 c.p.

Nell'esaminare la questione, la Consulta censura la blindatura parziale dell'*omicidio di prossimità* per violazione dei principi di proporzionalità[33] e individualizzazione[34] del trattamento sanzionatorio, in quanto l'automatismo sanzionatorio *livella* sotto un'unica cornice edittale – il minimo dei ventuno anni di reclusione – qualsiasi ipotesi di omicidio infra-familiare.

Per la Corte, sebbene ogni omicidio, determinando la lesione irreversibile del bene vita, si presta a una valutazione unitaria di assoluta gravità, da sempre il diritto penale distingue tra fatti più o meno gravi[35] anche nell'ambito degli omicidi punibili. Il disvalore soggettivo e oggettivo del delitto varia in modo significativo a seconda del caso di specie, e ragioni di proporzionalità e di individualizzazione della pena impongono che ciò si rifletta sul *quantum* della sanzione comminata. Per raggiungere tale finalità, nell'ordinamento giocano una funzione essenziale sia le circostanze *improprie* all'interno delle singole forbici edittali, sia (soprattutto) le circostanze *proprie* che in riferimento al delitto di omicidio sono in grado di aggravare notevolmente la pena tanto da mutarla nell'ergastolo o di attenuarla – anche di molto – in ragione della specificità del caso concreto. Infatti, come dimostra il caso in commento, per la Corte le circostanze della provocazione e le attenuanti generiche hanno un «*ruolo essenziale per assicurare, anche nell'ordinamento italiano, che la pena per l'omicidio volontario possa essere convenientemente ridotta rispetto al generale minimo edittale di ventun anni di reclusione,*

32 A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato,* Padova 2000, 581 s.

33 F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino 2021.

34 L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità,* Milano 2010.

35 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.1 del *Considerato in diritto.*

in casi caratterizzati da una minore offensività del fatto o minore colpevolezza dell'autore, ovvero dalla presenza di ragioni significative che comunque rilevano un suo minor bisogno di pena[36]», garantendo così la miglior individualizzazione del trattamento sanzionatorio alle irripetibili specificità del caso concreto.

È da questa prospettiva, nella relazione tra circostanze e proporzionalità, che va letta l'incostituzionalità della blindatura come forma di automatismo legislativo che impedisce al giudice di comminare una sanzione ritagliata sulle specificità delle circostanze in cui il reato si è consumato, e quindi preclude la possibilità di comminare una pena che possa riassumere adeguatamente il disvalore del fatto-reato.

La sentenza in commento si inserisce nel lungo filone della giurisprudenza costituzionale che, salvo alcune eccezioni[37], ha dichiarato illegittime le blindature seguendo tre direttrici: a) l'eccessiva divaricazione tra fattispecie base e fattispecie attenuata, che comporta la comminatoria di una pena sproporzionata a causa del divieto di prevalenza delle attenuanti[38]; b) la considerazione dell'ampiezza della fattispecie presa in esame[39], in cui può essere ricondotta una varietà di condotte di differente gravità di cui la blindatura non consente di "tener conto"; c) la constatazione secondo cui il divieto di prevalenza delle attenuanti non consentirebbe al giudice di tener conto del ridotto grado di rimproverabilità soggettiva nel caso concreto[40] che – come per i fatti oggetto della sentenza del 2023 – preclude la valutazione dell'«*eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'agente, rendendolo più o meno rimproverabile*[41]».

In questa prospettiva, è facile cogliere la violazione del principio di uguaglianza che, se letto attraverso il principio di colpevolezza, si oppone all'idea di una pena minima di ventun anni destinata ad accomunare tutti gli omicidi aggravati dall'art. 577 c.p. – determinando una presunzione *iuris et de iure* e un automatismo legislativo[42] – che pur caratterizzati dal contesto familiare e affettivo in cui si verificano, possono essere profondamente diversi tra loro[43]. Per queste ragioni la Corte costituzionale ha restituito al giudice l'esercizio della discrezio-

36 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.3 del *Considerato in diritto.*

37 C. cost. 17 aprile 2019, n. 88.

38 Cfr. C. cost. 9 novembre 2023, n. 201.

39 Cfr. C. cost. 12 maggio 2023, n. 94.

40 Cfr. C. cost. 24 aprile 2020, n. 73.

41 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.2.1. del *Considerando in diritto.*

42 S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento,* in Rivista. Gruppo Pisa 1/2018, 1 ss.

43 S. PRANDI, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento*, cit., 630.

nalità penale intesa come «*il rinvio al caso concreto per coglierne un particolare significato, inesprimibile in termini astratti e insuscettibile di essere tipizzato*[44]».

Le preclusioni al giudizio *ex* art. 69 c.p. impediscono di cogliere la complessità della vita reale che viene così offuscata dal vincolo imposto alla discrezionalità giudiziale[45].

7. IL FEMMINICIDIO

Con il d.d.l. A.S. n. 1433 il legislatore ha espresso la volontà di configurare il c.d. femminicidio come autonoma figura di reato caratterizzata da un trattamento sanzionatorio di particolare rigore attraverso la previsione della pena dell'ergastolo. L'obiettivo: rafforzare la risposta dell'ordinamento contro le forme di manifestazioni di prevaricazione e violenza contro le donne e di assicurare una protezione effettiva delle vittime.

Sin da subito la letteratura non solo ha individuato tutta una serie di criticità nella modalità di tipizzazione della nuova fattispecie oggi prevista all'art. 577 *bis* c.p., ma ha sentito la necessità di lanciare un SOS contro un'emergenza legislativa che è stata definita "antiumanista e non femminista[46]".

Dopo una prima formulazione, oggetto di pesanti censure da parte della letteratura, il testo votato all'unanimità dal Senato della Repubblica prevede che: «*Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell'ergastolo*».

44 F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Milano 1965, 117.

45 M. PELISSERO, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali,* cit., 170.

46 *Contro l'introduzione del delitto di femminicidio: documento sottoscritto da oltre settanta professoresse, ricercatrici e studiose penaliste,* in Sist. pen. 28.5.2025. G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio,* in Sist. pen. 14.3.2025. M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già,* in Sist. pen. 18.3.2025. V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva,* in Sist. pen. 12.6.2025. G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali,* in Sist. pen. 20.6.2025. D. PULITANÒ, *Messaggi normativi e messaggi culturali. La discussione sul femminicidio,* in Sist. pen. 21.6.2025. A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio,* in Sist. pen. 25.6.2025. R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?,* in Sist. pen. 15.7.2025. V. MANES, *Sul disegno di legge avente ad oggetto l'introduzione del delitto di "femminicidio",* in Giur. pen. web 7-8/2025.

Oltre alle numerose criticità in termini di tassatività, determinatezza, motivi, uguaglianza, sulla quale non è possibile soffermarsi, l'iniziativa governativa è di particolare interesse per il rischio di ridondanza della normativa penale.

Il femminicidio è già reato ed è sanzionato con la pena dell'ergastolo come dimostrano i più recenti casi di cronaca. L'ergastolo è oggi comminato per l'omicidio, quando ricorre almeno una tra le numerose circostanze aggravanti che sono riferibili all'uccisione di una donna che può essere considerato come femminicidio[47]. In base agli artt. 576 e 577 c.p., sarà comminata la pena dell'ergastolo se l'omicidio è consumato: 1) contro il coniuge, anche legalmente separato, o la parte di un'unione civile; 2) contro persona stabilmente convivente; 3) contro persona legata da relazione affettiva; 4) contro l'ascendente o il discendente; 5) per motivi abietti o futili; 6) con crudeltà; 7) con sevizie; 8) con premeditazione; 9) in occasione del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi; 10) in occasione del delitto di sfregio permanente del volto; 11) in occasione dei delitti di prostituzione e pornografia minorile; 12) in occasione dei delitti di violenza sessuale, anche di gruppo, e di atti sessuali con minorenne; 13) dall'autore del delitto di atti persecutori. Si tratta delle ipotesi più frequenti dove matura il delitto di uccisione della donna "perché donna[48]". Ma non solo. Come sostenuto da gran parte della letteratura, la disciplina vigente ha il pregio di non differenziare i generi e le minoranze vulnerabili in modo discriminatorio, dunque di essere un diritto uguale applicabile a tutte le persone, oltre a essere un diritto non mite, non indeterminato e ciecamente repressivo[49].

Secondo tale normativa, le eventuali circostanze attenuanti concorrenti, se ritenute prevalenti, garantiscono un trattamento sanzionatorio più mite. Questo esito era precluso dalla normativa vigente prima dell'intervento della Consulta nel 2023.

Ritorna il dubbio che segue questa breve riflessione: l'intervento legislativo appare una "risposta" alla sentenza della Corte costituzionale?

Come rilevato nelle brevi note introduttive, il legislatore per sanzionare lo stesso fatto-reato ha due vie: ricorrere alle circostanze o tipizzare un titolo autonomo di reato. Nel caso del femminicidio sembra aver percorso per tanti anni la via del delitto circostanziato, successivamente "blindato" con i privilegi garantiti alle aggravanti; rimosso il privilegio, ha intrapreso la via (non facile) della tipizzazione del titolo autonomo di reato.

47 G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio,* cit., 160.

48 M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio,* cit.

49 M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio,* cit.

8. LE DUE VIE, CIRCOSTANZE O TITOLI AUTONOMI DI REATO?

Giunti a questo punto della riflessione, constatato che il legislatore può raggiungere e realizzare le sue finalità seguendo sia la via delle circostanze (magari blindate) al fine di imporre la "presa in considerazione" di dati elementi, sia quella del titolo autonomo di reato, occorre infine interrogarsi sulle ragioni che spingono il legislatore a seguire un percorso anziché l'altro.

Diversamente da quanto si possa immaginare, il problema della distinzione tra circostanze ed elementi essenziali del reato ha origini relativamente recenti[50]. Infatti, in passato le circostanze erano utilizzate come *accidentalia delicti* e quindi come criteri indefiniti di commisurazione della pena intra-edittale. In questi termini, era evidente la diversa funzione tra elementi *essentialia,* attinenti alla struttura e alla teoria generale del reato che erano in grado di determinare la cornice edittale astratta, e gli elementi accessori delegati alla funzione di adeguamento, in sede giudiziaria, della sanzione alle peculiarità del caso concreto[51].

Le incertezze sono affiorate nel momento in cui i compilatori del Codice Rocco hanno operato la scelta di elevare le circostanze a rango di elementi – eventuali – della struttura del reato, attribuendo ad esse la funzione teorica di rideterminazione legale ed extra-edittale del precetto secondario, soprattutto nelle ipotesi delle circostanze a effetto speciale e indipendente[52].

Sottratte (almeno in apparenza) alla fase della commisurazione giudiziale della pena, si è presentato per la letteratura l'arduo compito di distinguere le circostanze dagli elementi essenziali del reato, la cui classificazione è assai importante per l'operatività della norma in sede giudiziaria[53].

Se tale operazione risulta agevole con riferimento alle aggravanti e alle attenuanti comuni *ex* artt. 61 e 62 c.p. e per le circostanze speciali individuate per *nomen iuris* dal legislatore, l'identificazione in tanti altri casi non è semplice:

50 G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione,* in CP 7-8/2007, 2819.

51 A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato,* cit., 133 ss.

52 M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale,* vol. I, III ed., Milano 2004, 632.

53 A titolo meramente esemplificativo: le circostanze non incidono sul *tempus* e sul *locus commissi delicti,* e quindi la qualificazione di un elemento come circostanza comporta importanti effetti. Circa il *tempus* sulla individuazione del momento consumativo del reato, e quindi sul *dies a quo* nella prescrizione, della legge applicabile in caso di successione di leggi *ex* art. 2 c.p. e sulla configurabilità del tentativo. Quanto al *locus,* sull'applicabilità della legge penale italiana ai sensi dell'art. 6 c.p. e sulla determinazione del giudice competente per territorio *ex* art. 8 c.p. Inoltre, in tema di concorso di persone nel reato, mentre l'art. 118 si occupa delle sole circostanze, gli artt. 116 e 117 fanno riferimento ai soli elementi costitutivi. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione",* in RIDPP 4/2011, 1566 ss.

non esiste una differenziazione basata su dati di tipo ontologico-qualitativo, dal momento che non esistono sul piano della realtà dei peculiari caratteri distintivi delle circostanze rispetto agli elementi essenziali del reato[54]. Per queste ragioni, si comprende come l'opzione legislativa di legiferare tramite circostanze o attraverso la tipizzazione di fattispecie autonome, sia derivante unicamente da una libera scelta potestativa e discrezionale del legislatore, anziché da una sua presa d'atto della presenza di un dato naturalistico definibile *ex ante,* al di fuori del diritto, come elemento essenziale o circostanza[55].

Anche la comparazione di alcune fattispecie circostanziate identificate per *nomen iuris* con altre fattispecie autonome, lascia intendere in modo chiaro come sia rimesso al solo *arbitrium* del legislatore la scelta di tipizzare dati elementi specializzanti come essenziali o accidentali[56]. È sufficiente, a titolo esemplificativo, comparare il delitto di infanticidio *ex* art. 578 c.p. con le fattispecie aggravate di omicidio volontario di cui agli artt. 576 e 577 c.p. Nel primo caso gli elementi specializzanti della figura base dell'omicidio doloso sono presi in considerazione dal legislatore come dati costitutivi di un'autonoma fattispecie correlata da una propria cornice edittale, mentre nella seconda sono valutati come mere circostanze. O anche seguendo la storia di alcuni delitti come la *Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*, un tempo circostanza aggravante del reato di lesioni personali, e dal 2019 con il *Codice rosso* titolo autonomo di reato punito ai sensi dell'art. 583 *quinquies.*

La distinzione non è agevole, tanti sono i criteri elaborati dalla letteratura e dalla giurisprudenza[57]. Mancando una base ontologica che consenta una differenziazione oggettiva, è rilevante la volontà del legislatore come unico fattore nella scelta della tecnica di produzione normativa.

Si potrebbe concludere che il legislatore ricorrerà alla creazione di una fattispecie autonoma quando la sua politica criminale è connotata sia dalla massima severità per limitare l'intervento giudiziario, sia dall'intento di lanciare un messaggio preciso e severo. Ma se questa sarebbe la via più lineare e naturale per una politica criminale repressiva e populista, non è certamente la via più semplice da praticare. Come rilevato dalla letteratura in relazione al d.d.l. femminicidio, il rischio è la creazione di fattispecie, severe nel trattamento sanzionatorio e solenni nel lessico, che tuttavia rimangono inefficaci nell'esperienza, perché opache nell'ac-

54 G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato,* Napoli 1963, 172 ss.

55 M. ROMANO, *Commentario,* cit., 634. D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale,* in *SO di G. Marinucci,* a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, Milano 2006, 679.

56 G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato,* cit., 2821.

57 F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 1564 ss.

certamento, e anche poco coerenti con i principi dello Stato di diritto costituzionale[58]. In altri termini, è difficile creare e poi soprattutto dare operatività ad un titolo autonomo di reato con elementi costitutivi di non agevole definizione. Al contrario, appare più semplice legiferare attraverso le circostanze che sono rette da principi non categorici, ma tendenziali come la determinatezza e la precisione che in quest'ambito si fanno orientativi più che assumere una valenza imperativa[59].

Negli stessi termini di maggiore "agilità" si pone l'accertamento processuale degli elementi circostanziali in relazione all'individuazione dei criteri di imputazione soggettiva. Se un elemento è dato come costitutivo di un'autonoma fattispecie di tipo doloso, in relazione a esso dovrà essere accertata necessariamente la sussistenza del dolo, al pari di ogni altro elemento costitutivo del *Tatbestand*; al contrario, se si tratta di mera circostanza aggravante sarà sufficiente accertare la sussistenza della colpa secondo quando disposto dall'art. 59, co. 2, c.p. La natura circostanziale di un elemento affievolisce la piena attuazione del principio di colpevolezza, poiché consente di imputare al reo la circostanza aggravante di una fattispecie incriminatrice dolosa a titolo (semplificato) meramente colposo.

Se queste considerazioni – brevemente riportate – segnano degli evidenti vantaggi nel legiferare tramite circostanze in quanto il legislatore è meno "pressato" dal rispetto dei principi costituzionali e dalle stringenti ragioni dell'accertamento processuale, la scelta di tipizzare una circostanza incontra però un grande ostacolo: il concorso eterogeneo su cui "incombe" il rischio che l'elemento circostanziato, a cui il legislatore ha voluto assegnare un "obbligo di presa in considerazione", possa "scomparire" nel caso concreto attraverso il bilanciamento giudiziale.

È forse per queste ragioni, che il legislatore negli ultimi anni ricorre sempre più spesso alla categoria delle circostanze blindate, seppur inseguito dalle pronunce di illegittimità costituzionale. Una tecnica di produzione normativa che senza dubbi ha dei vantaggi: a) consente una maggiore agilità nella produzione normativa; b) è garanzia di un più "semplice" accertamento giudiziale; c) crea un automatismo che imbriglia la discrezionalità giudiziale. Indubbi vantaggi di una tecnica normativa (spesso) incostituzionale.

Ma, in conclusione, c'è un altro vantaggio che è interessante rilevare nella prospettiva del *silenzio*: legiferare tramite circostanze è una modalità di produzione della materia penale più *silente*, meno rumorosa rispetto all'introduzione di una fattispecie *ad hoc* che attira, invece, l'attenzione degli esperti e dell'opinio-

58 V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica,* cit., 14.

59 F. CONSULICH, *Le circostanze del reato,* cit., 480. L'A., fa riferimento a circostanze come il "fatto di lieve entità" di cui all'art. 311 c.p. o al danno di "rilevante gravità" di cui all'art. 61, co. 1, n. 7 c.p.; tutte ipotesi in cui sono ampliati i margini della discrezionalità giudiziale.

ne pubblica: fanno più *rumore* le quattordici fattispecie di reato introdotte con il decreto sicurezza del 2025, meno le nove circostanze aggravanti.

Le circostanze e la loro disciplina appaiono sempre un aspetto secondario, quasi ai margini dell'universo della penalità, eppure sono in grado di incidere profondamente sul volto del sistema penale. Come ammoniva Stefano Rodotà: «*le perversioni degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l'intero sistema*[60]». Al contrario del *silenzio* del legislatore, la letteratura penale e la giurisprudenza costituzionale ci fanno riflettere sulla complessiva fisionomia del nostro ordinamento e delle sue potenziali deformazioni: svelando il tratto misterioso, enigmatico e sibillino del *silenzio,* rivelano tutto!

60 S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici,* in *Quale libertà,* a cura di M. Bovero, Roma-Bari 2004, 56.