

2. Circostanze ed elementi costitutivi del reato

Come si è avuto modo di anticipare nella Sez. I della Parte II del Manuale, **la distinzione tra elementi costitutivi della fattispecie penale e circostanze del reato, come in astratto delineata sul piano teorico e normativo, può risultare difficoltosa, in concreto, quando manchino chiari indici di supporto.**

Può infatti accadere che il legislatore preveda, da un lato, una fattispecie di reato, completa di tutti i suoi elementi costitutivi, e, dall'altro, un aumento o una diminuzione della pena in presenza di uno o più elementi ulteriori, **senza tuttavia specificare se si tratti di circostanze del primo reato** (destinate quindi ad incidere esclusivamente sul trattamento sanzionatorio) **ovvero di elementi costitutivi di una diversa fattispecie criminosa** (che si porrà quindi in rapporto di specialità rispetto alla prima, integrando un'ipotesi di concorso apparente di norme ex art. 15 c.p., oggetto di trattazione nella Sez. III della Parte III del Manuale).

Si tratta di una distinzione che non rileva esclusivamente sul piano della qualificazione delle norme ma comporta **rilevanti conseguenze pratiche**, relative all'accertamento della responsabilità del soggetto agente (che, come già osservato, dovrà essere mandato assolto in mancanza di un elemento costitutivo del reato, mentre potrà essere condannato ove lo stesso elemento sia da qualificarsi come circostanza del reato), sia in relazione al regime normativo applicabile con riferimento all'imputazione soggettiva, all'estensione ai concorrenti nel medesimo reato o al trattamento sanzionatorio (posto che, come si avrà modo di osservare, l'aumento o la diminuzione di pena previsto in presenza delle circostanze è soggetto al c.d. bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., che non opera qualora si sia in presenza di una autonoma fattispecie di reato, punita diversamente).

A fronte di siffatte problematiche, **la dottrina ha elaborato una pluralità di criteri per individuare l'esatta natura dell'elemento aggiuntivo, in termini di elemento costitutivo del reato ovvero di circostanza.**

Un primo **criterio c.d. formale o letterale** è stato individuato appunto nel **tenore letterale delle disposizioni** che prevedano un trattamento sanzionatorio diverso in presenza di uno o più elementi aggiuntivi rispetto ad una fattispecie di reato.

In primo luogo, si è osservato che, **qualora il legislatore si limiti a prevedere che, in presenza di detti elementi, “la pena è aumentata” ovvero “la pena è diminuita”, può pacificamente ritenersi che si tratti di circostanze aggravanti o attenuanti del reato**, poiché l'aumento o la diminuzione di pena, non espressamente individuata, è destinata ad operare ai sensi degli artt. 64 e 65 c.p.

Tali disposizioni, su cui si tornerà nel prosieguo della trattazione, prevedono infatti, rispettivamente, che *“Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso”*, e che *“Quando ricorre una circostanza attenuante, e non è dalla legge determinata la diminuzione di pena, si osservano le norme seguenti:[...] 2. alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; 3. le altre pene sono diminuite in misura non eccedente un terzo”*.

Si tratta pertanto di una disciplina destinata ad operare in via residuale, in assenza di indicazioni esplicite in merito alla variazione di pena, e che presupp-

pone che si sia in presenza di una circostanza del reato. Qualora infatti l'elemento aggiuntivo dovesse concorrere a descrivere un'autonoma fattispecie criminosa, il legislatore dovrebbe individuare quantomeno il limite minimo o massimo della pena.

A titolo di **esempio**, dunque, nel caso del delitto di cui all'**art. 307 c.p.**, che punisce l'Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, il comma secondo dell'articolo, ai sensi del quale *“La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuatamente”*, prevede una circostanza aggravante della fattispecie criminosa descritta nel comma primo, posto che il carattere continuativo della condotta criminosa determina un generico aumento di pena.

In questo caso, dunque, il giudice potrà aumentare la pena base della reclusione fino a due anni, di cui al comma 1, nella misura indicata residualmente dall'**art. 64 c.p.** e quindi **fino a un terzo** della stessa (così individuando il limite massimo della pena aggravata in due anni e otto mesi: 24 mesi + 8 mesi (ossia 1/3 di 24 mesi) = 32 mesi).

Fuori da siffatte ipotesi, non problematiche, **il criterio testuale consentirebbe inoltre**, secondo parte della dottrina, **di affermare la natura di circostanza del reato degli elementi aggiuntivi rispetto alla fattispecie base, quando il legislatore utilizzi nella rubrica della disposizione penale l'espressione “aggravato” o “aggravata”, ovvero qualifichi espressamente tali elementi come “circostanze aggravanti”**.

Si pensi ai delitti di *“Omessa denuncia”* da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio, di cui rispettivamente agli artt. 361 e 362 c.p., seguiti dal disposto dell'**art. 363 c.p.**, rubricato *“Omessa denuncia aggravata”*.

Quale esempio della seconda evenienza può richiamarsi **l'art. 375 c.p., rubricato “circostanze aggravanti”**, che prevede un trattamento sanzionatorio più severo se, ad esempio, dalla commissione del delitto di falsa testimonianza derivi la condanna della persona offesa a una pena detentiva.

In siffatte ipotesi, **il dato legislativo è infatti indicativo del carattere accessorio e circostanziale delle disposizioni che prevedono un diverso trattamento sanzionatorio, offrendo all'interprete un valido strumento di qualificazione**.

Si è tuttavia osservato che si tratta di un **criterio non sufficiente**, dal momento che, da un lato, **la rubrica delle disposizioni legislative non costituisce un elemento vincolante nell'interpretazione** del loro contenuto normativo; dall'altro, **può accadere che l'indicazione testuale risulti contraddetta da ulteriori indici testuali**, presenti in altre disposizioni di legge, ovvero dalla disciplina dettata dal legislatore sotto tale rubrica.

È quanto accaduto con riferimento alla disposizione di cui all'**art. 640bis c.p.** (introdotto nel 1990, dalla L. n. 55), rubricato *“Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche”*, lasciando così intendere che il particolare oggetto del reato ivi previsto integrasse una circostanza aggravante del delitto di truffa di cui all'**art. 640 c.p.**

L'affidabilità di tale indice testuale è stata tuttavia revocata in dubbio, dapprima, **nel 1991, quando la L. n. 203, di conversione del D.L. n. 152, ha previsto, all'art. 6, una circostanza aggravante per una serie di “delitti”, tra cui quello di cui all'art. 640bis c.p., qualificando così la fattispecie in esame come autonomo**

delitto rispetto a quello di truffa semplice; tale conclusione è stata confermata, successivamente, dal **testo dell'art. 316ter c.p.** (introdotto con L. 300/2000), che, al comma primo, **esclude la punibilità del fatto qualora “costituisca il reato previsto dall'art. 640bis”**, deponendo nuovamente nel senso della natura di autonoma fattispecie penale della *“truffa aggravata”*.

Alla luce dell'esempio riportato **può dunque ritenersi che il criterio testuale**, pur rappresentando un rilevante indice a disposizione dell'interprete, **non risulta dirimente** nella qualificazione del fatto come fattispecie autonoma invece che circostanziata.

È stato quindi proposto il ricorso al **c.d. criterio topografico** (dal greco antico *topos*, luogo, e *graphia*, scrittura: descrizione di un luogo), in forza del quale la collocazione della norma consentirebbe di stabilire se essa disciplini un'autonoma fattispecie criminosa invece che una circostanza del reato.

Più in particolare, **si è sostenuto che la previsione di un aumento di pena, in presenza di uno o più elementi aggiuntivi rispetto alla fattispecie base, nel corpo del medesimo articolo di legge, fosse indicativa della loro natura di circostanze del reato**; diversamente, **ove tale previsione fosse stata collocata in un'autonoma disposizione di legge, si sarebbe dovuto concludere nel senso opposto**.

È tuttavia frequente che il legislatore dedichi un'apposita disposizione legislativa, talvolta anche in un diverso testo normativo, alla previsione di circostanze attenuanti o aggravanti di un reato, senza per questo assegnare natura di fattispecie penale autonoma alla condotta circostanziata (si pensi al Capo III del succitato D.L. 152/1991, che ha introdotto *“Circostanze aggravanti e attenuanti per reati commessi da persone sottoposte a misure di prevenzione o per reati connessi ad attività mafiose”*, applicabili ai reati previsti dal Codice penale, in cui sono parzialmente confluite, **all'art. 416bis.1 c.p.**, per effetto del D.Lgs. 21/2018 che, come si è già avuto modo di evidenziare, ha attuato il **principio di “riserva di Codice”**, oggi sancito dall'art. 3bis c.p.).

Così, ad esempio, **l'art. 625 c.p., disciplina in un'autonoma e separata sede le circostanze aggravanti del delitto di furto**, di cui all'art. 624 c.p., confermando espressamente la natura di circostanze degli elementi ivi previsti, allorché nell'ultimo comma della disposizione prevede che *“Se concorrono due o più delle circostanze previste dai numeri precedenti, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'art. 61, la pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da euro 206 a euro 1.549”*.

Il carattere fallace dei criteri cc.dd. formali, testuale e topografico, ha suggerito di spostare l'indagine sul dato teleologico e, in particolare, sul bene giuridico che la norma penale mira a tutelare.

Si è pertanto sostenuto che, in presenza di un bene giuridico omogeneo tutelato dalla fattispecie penale base e da quella che prevede un aumento di pena in presenza di elementi ulteriori, possa ritenersi che questi ultimi presentino natura di circostanze del reato e non descrivano un'autonoma fattispecie criminosa.

Tale soluzione è stata tuttavia accusata di fondarsi su **un'inversione logica**, dal momento che **l'individuazione del bene giuridico tutelato presuppone che sia**

stata risolta, a monte, la questione della natura – costitutiva o circostanziale – dei singoli elementi della fattispecie penale; a tale obiezione è possibile tuttavia replicare che, in base a tale criterio, se l'aumento di pena previsto dal legislatore appare riconducibile all'offesa di un bene giuridico diverso rispetto a quello tutelato dalla fattispecie penale base, può ritenersi che il legislatore abbia inteso introdurre un'autonoma fattispecie criminosa. Diversamente, ove l'aggravamento della sanzione penale discenda da una particolare modalità di aggressione del medesimo bene giuridico, potrà concludersi nel senso della natura di circostanza del reato di tale elemento.

Ciò nonostante, **il criterio in questione è risultato fallace, posto che in numerosi casi il legislatore punisce a titolo di autonome fattispecie di reato forme diverse di aggressione del medesimo bene giuridico.** È quanto accade con riferimento ai delitti di violenza sessuale, di cui all'art. 609bis c.p. e violenza sessuale di gruppo, di cui all'art. 609octies c.p., che, pur tutelando entrambi la libertà sessuale della persona offesa, costituiscono pacificamente fattispecie penali autonome e distinte.

Deve inoltre considerarsi che, come si è avuto modo di osservare nell'esame del concorso apparente di norme, nella Sez. III della Parte III del Manuale, **il criterio in questione, legato al bene giuridico tutelato dalla norma penale, risulta opinabile**, dal momento che l'individuazione del bene tutelato è rimessa alla discrezionalità dell'interprete.

Al pari di quanto avvenuto con riferimento ai criteri per individuare le ipotesi di concorso apparente di norme, anche in relazione all'identificazione delle circostanze del reato **è stato dunque preferito il ricorso a criteri di carattere formale-strutturale**, legati alla formulazione della fattispecie penale e alle modalità di determinazione della pena, nonché al rapporto di specialità intercorrente tra le norme penali.

In particolare, **facendo applicazione del criterio strutturale della formulazione della fattispecie penale, sarebbe possibile qualificare gli elementi aggiuntivi come circostanze del reato base quando la fattispecie circostanziata sia stata descritta dal legislatore per relationem**, operando cioè un rinvio a quella base.

Del pari, **l'eventuale rinvio alla pena prevista dalla fattispecie base rileverebbe nel senso di qualificare la fattispecie come circostanziata**, invece che autonoma.

2.1 L'applicazione pratica dei criteri distintivi

Sulla scorta di tali criteri, le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, con **sent. 26351/2002, Fedi**, hanno concluso nel senso della natura circostanziale della fattispecie di cui al già menzionato art. 640bis c.p., poiché la norma in questione fa espresso rinvio all'art. 640 c.p. nel tipizzare la condotta sanzionata più gravemente.

Nella medesima sentenza i giudici di legittimità hanno fatto **applicazione del criterio di specialità per qualificare la fattispecie di cui all'art. 640bis c.p. come fattispecie circostanziata e non quale autonoma fattispecie penale**, osservando che la condotta punita più gravemente presenta tutti gli elementi costitutivi del delitto ex art. 640 c.p., ma **se ne differenzia per il particolare oggetto** costituito dai *“contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo,*

comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee”.

Si legge infatti nella motivazione della sentenza che è proprio la struttura della fattispecie penale di cui all'art. 640bis, definita da un lato attraverso il richiamo degli elementi essenziali del delitto di truffa di cui all'art. 640 (artifici o raggiri, induzione in errore con conseguente disposizione patrimoniale, ingiusto profitto per l'agente o per altri, danno del soggetto passivo) e dall'altro con l'introduzione di un elemento specifico (erogazioni pubbliche) che è estraneo alla struttura essenziale della truffa, a denotare la inequivoca volontà legislativa di configurare una circostanza aggravante e non un diverso titolo di reato. **La descrizione della fattispecie, dunque, non immuta gli elementi essenziali del delitto di truffa, né quelli materiali né quelli psicologici, ma introduce soltanto un oggetto materiale specifico** – tradizionalmente qualificato come accidentale e cioè circostanziale – laddove prevede che la condotta truffaldina dell'agente e la disposizione patrimoniale dell'ente pubblico riguardino contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo. Tra reato-base e reato circostanziato intercorre quindi un rapporto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, nel senso che il secondo include tutti gli elementi essenziali del primo con la specificazione o l'aggiunta di elementi circostanziali.

La soluzione accolta dalle Sezioni Unite, come si è avuto modo di osservare in precedenza, contrasta tuttavia con il dato normativo, peraltro antecedente alla sentenza (D.L. 152/1991 e art. 316ter c.p., introdotto con L. 300/2000); inoltre, **il criterio strutturale non è stato recepito in maniera unanime dalla successiva giurisprudenza di legittimità, che ha invece improntato le proprie decisioni sull'individuazione della voluntas legis**, cioè delle intenzioni del legislatore, ricercandole attraverso l'applicazione congiunta di tutti i criteri finora esaminati (in tal senso la **sent. 36606/2006**, con cui la Corte di Cassazione si è pronunciata in merito al rapporto tra il delitto di furto ex art. 624 c.p. e la fattispecie di cui al successivo art. 624bis c.p., affermando l'autonomia del secondo delitto).

Per vero, anche nella motivazione della stessa sentenza *Fedi* del 2002, si afferma che **non esiste alcuna differenziazione ontologica tra elementi costitutivi (o essenziali) e elementi circostanziali (a accidentali) del reato**, atteso che questi elementi si possono distinguere solo in base alla disciplina positiva che ne stabilisce il legislatore, rilevando che gli artt. 61, 62 e 84 c.p. sono univoci al riguardo, laddove riconoscono esplicitamente che lo stesso fatto materiale può essere considerato dalla legge ora come elemento costitutivo ora come circostanza del reato.

Sulla scorta di tali premesse i giudici di legittimità, anche in tale occasione, hanno riconosciuto che **se quindi il legislatore è libero di assumere un dato fattuale nell'una o nell'altra categoria, per risolvere la questione bisogna necessariamente accertare quale sia esattamente la voluntas legis**. La soluzione non è però semplice, perché gli indizi positivi a disposizione dell'interprete per risalire a questa volontà sono spesso incerti ed ambigui, sicché gli approdi giurisprudenziali e dottrinali risultano travagliati e contrastanti.

In disparte dunque la soluzione al caso concreto affrontato in tale occasione, **nella sentenza delle Sezioni Unite si dà atto dell'insufficienza dei singoli criteri, ove**

applicati isolatamente, per stabilire se si sia di fronte ad un elemento costitutivo di un'autonoma fattispecie penale ovvero a una circostanza di un reato base, **occorrendo al contrario procedere ad una ricostruzione sistematica del dato normativo e delle intenzioni del legislatore**, mediante la combinazione dei singoli criteri sopra esposti.

Siffatto approccio integrato, che valorizza sinergicamente i criteri sopra esaminati, è stato adottato dalla Corte di Cassazione in materia di omicidio colposo e lesioni colpose, introdotti con **L. 41/2016, che ha affiancato alle disposizioni di cui agli artt. 589 e 590 c.p. i nuovi artt. 589bis e 590bis**.

La nuova disciplina (oggetto di approfondita analisi nella Sez. II della Parte II del Manuale) ha richiesto di stabilire se le condotte ivi sanzionate in misura più grave fossero da qualificarsi come autonome figure di reato ovvero come forme aggravate delle rispettive fattispecie base di omicidio o lesioni colpose.

Sul punto, con particolare riferimento al c.d. omicidio stradale, di cui all'art. 589bis c.p., è intervenuta la **Corte di Cassazione, con sent. 29721/2017**, escludendo che la nuova disciplina si sia limitata a introdurre un'aggravante della fattispecie di omicidio colposo, precisando che **le nuove norme si collocano in una disposizione ad hoc** (in applicazione quindi del **criterio topografico**) e che **prevedono un regime speciale che introduce una congerie di ipotesi aggravate, nonché una ipotesi attenuata che risulterebbero giustificate solo qualora si ritenesse che la ipotesi base**, disciplinata al primo comma delle disposizioni predette, **costituisca una (nuova) ipotesi autonoma di reato e non una fattispecie circostanziale del reato di omicidio colposo** (in applicazione del **criterio strutturale e di specialità**).

Alle medesime conclusioni, la Corte è pervenuta in **sent. 42346/2017**, pronunciandosi invece in merito al rapporto tra il delitto di lesioni colpose, di cui all'art. 590 c.p. e la fattispecie di cui al nuovo 590bis c.p.

In quest'ultima sentenza, la Corte **ricorre altresì al criterio letterale**, sopra esaminato, osservando che la intestazione della L. 41/2016, *“Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali”*, è chiara nel senso della natura di autonome fattispecie criminose delle due fattispecie, al pari della lettera del riformato art. 222 cod. str., ai sensi del quale la revoca della patente consegue alla condanna (o al patteggiamento) per i **“reati di cui agli artt. 589bis e 590 c.p.”**.

Oltre al criterio letterale, la Corte ha fatto riferimento al già menzionato **criterio topografico**, rilevando la collocazione delle fattispecie in autonome disposizioni di legge, nonché a quello **strutturale**, dando atto della autonoma disciplina sanzionatoria e, soprattutto, della previsione di *“specifiche circostanze aggravanti e attenuanti”*, evidenziando che la previsione di specifiche circostanze di aggravamento o di attenuazione delle pene previste per le ipotesi base dei reati stradali colposi in riferimento è indicativa della natura autonoma (e non circostanziale) di tali fattispecie incriminatrici.

Emerge dunque, alla luce delle sentenze esaminate, il superamento dell'approccio monistico, affidato ad un unico criterio, in favore di un'analisi integrata della fattispecie penale, nell'ambito della quale valorizzare sinergicamente tutti i criteri a disposizione dell'interprete.

2.2 Le più recenti applicazioni: il furto di beni culturali

I criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità troveranno presto un interessante banco di prova, alla luce delle novità normative introdotte di recente con **L. 9 marzo 2022, n. 22, recante “Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale”**, con cui il legislatore ha ricollocato – secondo il principio di Riserva di Codice – nel testo del Codice penale e ridefinito le fattispecie penali a tutela del patrimonio culturale, prima disciplinate dal **D.Lgs. 42/2004**.

Tra le novità introdotte dalla legge in esame, infatti, rientra il **nuovo art. 518bis c.p.**, che si iscrive nel Titolo VIII bis del Codice, dedicato ai predetti reati, e punisce il “furto dei beni culturali”.

La disposizione citata prevede al comma 1 che *“Chiunque si impossessa di un bene culturale mobile altrui, sottraendolo a chi lo detiene, al fine di trarne profitto, per sé o per altri, o si impossessa di beni culturali appartenenti allo Stato, in quanto rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 927,00 e euro 1.500,00”*.

Ai sensi del comma 2, inoltre, *“La pena è della reclusione da quattro a dieci anni e della multa da euro 927,00 a euro 2.000,00 se il reato è aggravato da una o più delle circostanze previste nel primo comma dell’art. 625 o se il furto di beni culturali appartenenti allo Stato, in quanto rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini, è commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dalla legge”*.

Tra i problemi interpretativi che la norma pone, particolare rilevanza ha assunto, fin dalla sua introduzione, quello della **qualificazione della fattispecie come autonomo reato ovvero quale forma aggravata del delitto di furto ex art. 624 c.p.**

In attesa delle prime applicazioni giurisprudenziali della novella, è stato osservato che la formulazione del nuovo art. 518bis c.p. consenta di concludere nel senso della **natura di fattispecie autonoma, al pari delle ulteriori fattispecie introdotte dalla L. 22/2022**.

Deporrebbero in tal senso la collocazione dell’articolo, secondo il **criterio c.d. topografico** sopra esaminato, nonché la formulazione della fattispecie, priva di rinvii e autosufficiente (secondo il **criterio strutturale**), e infine la previsione di aggravanti speciali e il rinvio all’art. 625, comma 1, c.p. (secondo un **criterio sistematico**).

2.3 Segue: Il delitto di tortura commessa da un pubblico ufficiale

Una recente questione in ordine alla classificazione in termini di reato autonomo ovvero di circostanza aggravante si è posta in relazione alla fattispecie di cui al comma 2 dell’art. 613-bis c.p., che punisce il delitto di **tortura**.

Ai sensi del comma 1, risponde del delitto chiunque, con **violenze o minacce** gravi, ovvero agendo con **crudeltà**, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, se il fatto è commesso mediante **più condotte** ovvero se comporta un **trattamento inumano e degradante per la dignità della persona**.

Il comma 2 del medesimo articolo prevede invece che, se i fatti di cui al primo comma sono commessi da **un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio**, con **abuso** dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni, precisandosi al comma 3 che tale disposizione non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'**esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti**.

Ebbene, di recente, la quinta Sezione della Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi su un'ipotesi di tortura commessa da pubblici ufficiali, ha rilevato un **contrasto interpretativo** sorto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla qualificazione della fattispecie di cui al comma 2, in termini di **reato autonomo** ovvero di **circostanza aggravante speciale**, a pena autonoma o indipendente.

I giudici della **quinta Sezione, con ord. 9 luglio 2026, n. 25758**, hanno dunque rimesso la questione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, procedendo ad una preliminare ricostruzione della **genesì normativa** dell'incriminazione della tortura, attraverso il richiamo alla Convenzione ONU del 1984 contro la tortura, all'art. 3 CEDU, nonché all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura.

Tali fonti impongono agli Stati una **tutela penale effettiva** contro la **tortura di Stato**, individuata nella condotta posta in essere da pubblici agenti o con il loro consenso o acquiescenza, senza impedire agli ordinamenti nazionali di approntare una protezione più ampia, comprensiva anche di condotte realizzate da privati.

L'Italia ha dato attuazione agli obblighi sovranazionali con la L. 14 luglio 2017, n. 110, che ha introdotto gli artt. 613bis e 613ter c.p. e, sul piano processuale, la regola di **inutilizzabilità** delle dichiarazioni ottenute mediante tortura. L'intervento legislativo si colloca nel solco delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, in particolare dalle sentenze *Cestaro c. Italia* e *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, con cui è stata censurata l'inadeguatezza dell'ordinamento interno a reprimere in modo effettivo condotte qualificabili come tortura.

Dai lavori preparatori emerge una duplice direttrice: assicurare l'adempimento degli **obblighi internazionali** relativi alla tortura pubblica e, al contempo, ampliare la tutela della **dignità** e della **libertà morale** della persona oltre il paradigma minimo convenzionale.

In tale prospettiva si spiega la struttura dell'art. 613bis c.p. come sopra ricostruita, che affianca un secondo comma, alla previsione generale del comma 1, dedicato alle condotte di pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio.

Un primo orientamento della Corte di Cassazione ha qualificato la previsione del secondo comma come **forma aggravata rispetto alla fattispecie comune del comma 1**, in ragione dalle qualità del soggetto agente. Tale ricostruzione valorizza anche la giurisprudenza CEDU, secondo cui il divieto di tortura tutela ogni persona dall'inflizione consapevole di intense sofferenze fisiche o psichiche, indipendentemente dalla qualità pubblica o privata dell'autore.

Un diverso indirizzo (Cass. 32380/2021), poi ripreso da successive decisioni, ha invece sostenuto la natura di **fattispecie autonoma** della tortura pubblica. Secondo tale impostazione, l'art. 613bis descriverebbe un delitto a "geometria variabile", ar-

ticolato in due autonomi titoli di reato: la tortura privata, prevista dal comma 1, e la tortura pubblica, prevista dal secondo comma. Il maggior disvalore della seconda deriverebbe dalla perversione del potere coercitivo affidato al funzionario pubblico, il quale tradisce la funzione di garanzia propria dello Stato di diritto e incide non solo sulla libertà morale, ma anche sulla **dignità umana** della vittima, ridotta a oggetto dell'arbitrio altrui.

La sentenza impugnata si è conformata alla tesi autonomistica, valorizzando la distorsione dell'esercizio del pubblico potere, la previsione di una cornice editale autonomamente determinata, alcuni indici sistematici ricavati dai commi successivi dell'art. 613bis e dall'art. 613ter c.p., nonché il richiamo a **Corte cost. 192/2023**.

È stata tuttavia contestata tale impostazione, riproponendo l'alternativa lettura **circostanziale** e dando conto della persistenza di un contrasto giurisprudenziale e dottrinale.

La Corte ha ritenuto che gli argomenti posti a sostegno dell'autonomia della fattispecie non siano decisivi. In applicazione dei criteri elaborati dalle Sezioni Unite sulla distinzione tra reato autonomo ed elemento circostanziale, assume rilievo centrale il **criterio strutturale** della descrizione normativa: la distinzione non dipende da indici generici, dal maggiore disvalore del fatto o da valutazioni di politica criminale, bensì dalla **disciplina positiva** e dalla **volontà del legislatore** desumibile dalla **struttura** del precetto. Quando la norma richiama gli elementi essenziali del reato-base e vi aggiunge un elemento specializzante, senza ridefinire condotta, evento o oggetto giuridico, la soluzione tende verso la qualificazione circostanziale.

Muovendo da tali premesse, si osserva che il comma secondo dell'art. 613bis non contiene una autonoma descrizione del fatto tipico, ma rinvia espressamente ai “fatti di cui al comma 1”, aggiungendo soltanto la qualifica soggettiva dell'autore e il nesso funzionale dell'abuso o della violazione dei doveri. Tale tecnica redazionale denoterebbe una relazione di **accessorietà strutturale** rispetto alla fattispecie comune: il pubblico agente non realizza un diverso fatto di tortura, ma il medesimo fatto-base aggravato dal maggior disvalore connesso all'uso distorto della funzione pubblica.

La **tesi della natura circostanziale** troverebbe conferma anche sul piano sistematico. Il Codice penale conosce infatti numerose ipotesi in cui la qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio e l'abuso dei poteri costituiscono fattori di aggravamento di una fattispecie comune, come accade per l'art. 61, n. 9, c.p., per il sequestro di persona commesso da pubblico ufficiale, per la violenza sessuale aggravata e per l'accesso abusivo a sistema informatico protetto. Inoltre, i commi successivi dell'art. 613bis continuano a riferirsi ai “fatti di cui al primo comma”, confermando che il comma 1 rappresenterebbe il **nucleo tipico comune** intorno al quale si innestano ulteriori elementi specializzanti, relativi alla qualità dell'agente o agli eventi lesivi derivati.

Gli argomenti contrari non sarebbero idonei a superare tale dato strutturale. Il rinvio alle “*pene di cui ai commi precedenti*”, in particolare, non sarebbe incompatibile con il concorso di più circostanze, disciplinato dagli artt. 63 e ss. c.p.; la previsione di una scriminante speciale e dell'istigazione del pubblico ufficiale non imporrebbe, del pari, la qualificazione autonoma; gli obblighi sovranazionali richie-