

**PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' DELL'ART. 69 C.P.  
CON PARTICOLARE RIGUARDO AI RAPPORTI TRA RECIDIVA  
E VIOLENZA SESSUALE DI "MINORE GRAVITA'?"**

*Cass., Sez. III, ord. 26 settembre 2013 (dep. 15 ottobre 2013), n. 42349,  
Pres. Teresi, Rel. Amoresano, Ric. Imputato*

di Andreas Michael

**Abstract.** La Corte di cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante della violenza sessuale di minore gravità, prevista dal terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p., possa essere dichiarata prevalente sull'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p., per contrasto con i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità e funzione rieducativa della pena di cui agli articoli 3 e 27 comma 3 della Costituzione.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fondamento sostanziale della recidiva reiterata nell'interpretazione giurisprudenziale. – 3. Il concorso eterogeneo di circostanze e la disciplina del bilanciamento. – 4. Rapporti tra bilanciamento e principi costituzionali sulla pena: le indicazioni della Sentenza Corte Cost. n. 251/2012. – 5. Il sindacato di costituzionalità sulle deroghe al bilanciamento tra recidiva reiterata e attenuanti concorrenti. – 6. Note conclusive sul divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al terzo comma dell'art. 609 *bis* sulla recidiva reiterata. – 7. Note conclusive sulle tensioni costituzionali dei modelli solutori del concorso eterogeneo di circostanze.

## 1. Introduzione.

La Corte di cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui pone il divieto di prevalenza dell'attenuante della violenza sessuale di minore gravità (art. 609 *bis* c.p., comma 3) rispetto all'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p., rilevando un contrasto della norma con i principi di ragionevolezza, proporzionalità della pena e finalità rieducativa, nonché con il principio di uguaglianza.

Come noto, la norma censurata, introdotta dalla l. ex Cirielli n. 251/2005, deroga alla disciplina generale del concorso eterogeneo di circostanze prevedendo il divieto di soccombenza della recidiva reiterata nel bilanciamento con altra circostanza attenuante.

Secondo la Corte di cassazione l'ipotesi attenuata di violenza sessuale ha un

fondamento oggettivo, dovendo la nozione “*minore gravità*” essere ricondotta a fatti caratterizzati da particolare tenuità dell’offesa rispetto al ben tutelato<sup>1</sup>. L’attuale fattispecie incriminatrice, d’altronde, risale alla nota riforma del 1996 che ha unificato i reati di violenza carnale e di atti di libidine violenti nella onnicomprensiva fattispecie di violenza sessuale ex art. 609 *bis*, fondata sulla lata nozione di “atti sessuali”. Attualmente convivono, quindi, all’interno della fattispecie in esame, fatti che si differenziano profondamente sotto il profilo offensivo<sup>2</sup>, di modo che all’attenuante speciale deve essere riconosciuta la funzione di consentire un adeguamento della sanzione rispetto a fatti sì tipici ma minimamente lesivi dell’interesse protetto. L’ipotesi attenuata di minore gravità prevede infatti la possibilità di ridurre sino a due terzi la pena comminata per il reato base (pari nel minimo a cinque anni di reclusione): l’impossibilità di applicare l’attenuante al reo gravato da recidiva reiterata sottopone il medesimo, anche per fatti minimamente offensivi, alla cornice edittale prevista per la fattispecie base, subendo quindi egli un aggravio di pena pari, nel minimo, a tre anni e due mesi di reclusione.

La Corte di legittimità rileva un contrasto della disciplina con i principi di ragionevolezza, proporzionalità e finalità rieducativa della pena, in quanto la preclusione del giudizio di prevalenza dell’attenuante sulla recidiva impedisce al giudice di determinare la pena in modo proporzionato alla minore offensività del fatto. Una pena eccessiva, proprio perché avvertita come ingiusta, è inoltre inidonea a favorire la rieducazione del condannato. Viene altresì riscontrata una violazione del principio di uguaglianza posto che il recidivo reiterato, autore di un fatto lieve, verrebbe assoggettato al medesimo trattamento sanzionatorio di un recidivo reiterato resosi responsabile, invece, di una violenza sessuale non attenuata.

Al fine di meglio inquadrare le problematiche sottese alla sollevata questione occorre prendere le mosse dalla disciplina della recidiva e del bilanciamento nel concorso eterogeneo di circostanze, costituendo la prima il fondamento sostanziale dell’aggravamento sanzionatorio, ed il secondo lo strumento giuridico impiegato dal legislatore per raggiungere tale scopo.

## **2. Il fondamento sostanziale della recidiva reiterata nell’interpretazione giurisprudenziale.**

Come noto, ed in prima approssimazione, la recidiva<sup>3</sup> consiste nel fatto di chi commette un nuovo delitto non colposo dopo aver riportato condanna con sentenza

---

<sup>1</sup> L’ordinanza di rimessione cita precedenti conformi della stessa Corte ed in particolare: Cass. Pen. Sez. III, Sent. n. 5002 del 7.11.2006 e Cass. Pen., Sez. III., Sent. n. 45604 del 13.11.2007.

<sup>2</sup> Cfr., da ultimo, A. CADOPPI, “*Un bacio è solo un bacio*”, alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali, in *L’Indice Pen.*, 2012, 1, 31 ss.

<sup>3</sup> Per una recente panoramica sulla recidiva v. M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, *Sub art. 99 c.p.*, IV ed., Milano, 2012, pp. 84 ss.; Tra le opere monografiche successive alla riforma del 2005 vedi V. B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008.

definitiva per altro delitto non colposo. L'ordinamento annette alla recidiva, riformata in senso maggiormente afflittivo ad opera della c.d. l. ex Cirielli n. 251/2005<sup>4</sup>, un ampio spettro di conseguenze negative per il reo. In particolare, la recidiva reiterata ex art. 99 c.p. comma 4, comporta quale effetto diretto un aumento di pena per il nuovo delitto (pari ad un terzo, in caso di recidiva reiterata semplice, od a due terzi in caso di recidiva reiterata c.d. qualificata). Essa implica, inoltre, effetti ulteriori comunque idonei ad incidere indirettamente ed in negativo sul trattamento sanzionatorio, tra i quali spicca appunto il divieto di prevalenza, nel giudizio di bilanciamento, delle concorrenti circostanze attenuanti.

Il codice penale qualifica espressamente la recidiva come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole (art. 70 comma 2 e 99 c.p.) e ne prevede, sin dalla riforma del 1974, la piena assoggettabilità al meccanismo del bilanciamento disciplinato dall'art. 69 c.p. Alla disciplina della recidiva partecipa quindi l'intero statuto normativo previsto per le circostanze del reato<sup>5</sup>.

Originariamente era prevista l'automaticità della dichiarazione di recidiva quale conseguenza del mero riscontro formale costituito da una precedente condanna, caratterizzandosi così secondo una logica ispirata al diritto penale d'autore. Con la l. n. 220/1974 di conversione del d.l. n. 99/1974, la recidiva è stata resa facoltativa, nel senso della necessità di procedere ad un accertamento in concreto, demandato al giudice, teso a verificare l'effettiva manifestazione, nel nuovo fatto commesso, di quelle note di disvalore insite nella ricaduta criminale<sup>6</sup>.

A seguito della riforma del 2005 il quarto comma dell'art. 99 c.p., nel quantificare gli aumenti di pena connessi alla recidiva reiterata, si esprime all'indicativo presente "*la pena è aumentata*". Tale modifica aveva dato luogo ad un dibattito interpretativo sulla persistente facoltatività della recidiva reiterata: secondo taluni sarebbe infatti divenuto obbligatorio procedere all'aumento di pena; è tuttavia prevalsa l'interpretazione secondo la quale il vincolo attiene esclusivamente al *quantum* di aumento di pena connesso all'aggravante, ferma restando la discrezionalità in ordine all'*an*, subordinata all'accertamento in concreto della valenza dell'episodio recidivante, nel senso che il giudice, per poter ritenere sussistente la recidiva, dovrà e potrà verificare la sussistenza di nessi qualificati tra precedenti condanne ed il nuovo fatto<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Sulla riforma della recidiva ad opera della c.d. l. ex Cirielli cfr.: E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 515 ss.; G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, 2, p. 170 ss; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, *ivi*, p. 175.

<sup>5</sup> Per i riferimenti a ricostruzioni dottrinali parzialmente diverse v. M. ROMANO - G. GRASSO, *op. cit.*, p. 96; V. MUSCATIELLO, *op. cit.*, p. 69 ss.; in giurisprudenza sulla qualificazione della recidiva come circostanza aggravante cfr. Cass. Pen., Sez. Un., Sent. n. 20798/2011.

<sup>6</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976, 303 ss.; M. ROMANO - G. GRASSO, *op. cit.*, p. 94-95; V. MUSCATIELLO, *op. cit.*, pp. 89 ss.

<sup>7</sup> Per una panoramica delle opinioni dottrinali in proposito cfr. F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. Pen.*, 11/2007, pp. 4116 ss.; nel senso della obbligatorietà della recidiva reiterata v. T. PADOVANI, *commento all'art. 4 l. 5.12.2005 n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, pp. 446 ss.

La stessa Corte costituzionale, con la Sent. n. 192/2007<sup>8</sup>, resa proprio intorno al divieto sancito dall'art. 69 c.p. comma 4 di prevalenza delle attenuanti (ed in particolare dell'attenuante del fatto di lieve entità in materia di "spaccio" di sostanze stupefacenti) sulla recidiva reiterata, ha avallato la tesi della persistente facoltatività dell'aggravante. La Corte, nel dichiarare inammissibile la questione sollevata, si duole del fatto che i giudici remittenti non hanno considerato la possibilità di interpretare la recidiva reiterata come facoltativa, in modo da poter valutare se escluderla dal caso di specie e così pretermetterla dal bilanciamento, consentendo quindi piena esplicazione all'efficacia attenuante della circostanza concorrente.

Secondo la Corte costituzionale l'aumento di pena previsto per la recidiva, ed il connesso obbligo di procedere al bilanciamento, devono infatti ritenersi operativi esclusivamente quando il nuovo episodio delittuoso si riveli concretamente significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggior pericolosità del reo, valutate in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri di cui all'art. 133 c.p.

In sostanza, per la dichiarazione di recidiva (al di fuori di residuali casi di obbligatorietà *ex art. 99 comma 5 c.p.*) il giudice dovrà procedere ad un accertamento in concreto, volto a verificare se la reiterazione dell'illecito rappresenti effettivo sintomo di maggior riprovevolezza e pericolosità del soggetto, tenendo conto di ogni parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza.

Deve inoltre escludersi, sempre a parere della Corte, che dalla semplice contestazione della recidiva<sup>9</sup> derivino comunque gli effetti commisurativi indiretti ad essa associati, ivi compreso l'assoggettamento al bilanciamento ed al vincolo imposto dal quarto comma dell'art. 69 c.p., cosicché al giudizio negativo sulla esistenza dell'aggravante consegue l'esclusione di tutti i suoi effetti, sia diretti che indiretti.

Tuttavia, qualora il giudice accerti la ricorrenza dei requisiti formali e sostanziali della recidiva, deve dichiararla ed applicarla, non residuando a tal punto alcun potere discrezionale, e conseguentemente si spiegheranno tutti gli effetti connessi all'aggravante, ivi compreso il limite apposto al giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti eventualmente concorrenti (cfr. sempre Corte Cass., Sez. Un., Sent. n. 35738 del 27.05.2010).

Accertamento in concreto della recidiva e subordinazione di ogni suo effetto all'esito positivo della valutazione costituiscono ormai diritto vivente, in ragione dell'interpretazione conforme fornita dalla Corte di cassazione, anche a sezioni unite (tra le più recenti Cass. Pen., Sez. II, Sent. n. 4969 del 12 gennaio 2012; v. inoltre Corte

---

<sup>8</sup> In merito a questa sentenza cfr.: R. VINCENTI, *La sentenza della C. Cost n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69 comma 4*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2, p. 532; C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3, 1861.

<sup>9</sup> La soluzione opposta si era manifestata in qualche arresto giurisprudenziale immediatamente successivo all'entrata in vigore della legge c.d. "ex Cirielli", vedi ad es. Cass. Pen., Sez. VI, 27.02.2007 in proc. Ben Hadhria.

Cass, Sez. Un., Sent. n. 35738 del 27.05.2010)<sup>10</sup> .

In virtù del necessario accertamento in concreto demandato al giudice, l'attuale fisionomia della recidiva reiterata si presenta differente dal modello improntato alla c.d. "colpa d'autore", costituendo invece un elemento collegato al fatto da nessi di natura sostanziale. Se questo è vero, appare effettivamente sostenibile ricondurre alla recidiva influenze sulla gravità del reato, *sub specie* di accentuata colpevolezza e di maggiore capacità a delinquere del soggetto, avendo quest'ultimo dimostrato, con la reiterazione criminale, una particolare forza di resistenza all'ammonimento contenuto nelle precedenti condanne<sup>11</sup> (cfr. Corte Cass., Sez. Un., Sent. n. 20798 del 24 febbraio 2011 resa in punto di qualificazione delle forme di recidiva implicanti variazioni di pena oltre 1/3 come circostanze aggravanti ad effetto speciale).

### 3. Il concorso eterogeneo di circostanze e la disciplina del bilanciamento.

Il concorso eterogeneo di circostanze si realizza quando intorno ad un medesimo fatto di reato accedono circostanze aventi segno opposto. La regolamentazione del concorso di circostanze comporta intuitive ricadute sulla modulazione del trattamento sanzionatorio riservato al reato pluricircostanziato, il quale risente evidentemente del potere riconosciuto al giudice di limitare o escludere in concreto, tramite il bilanciamento, talune modificazioni di pena delineate in astratto dalle circostanze stesse.

Il codice Zanardelli prevedeva l'applicazione congiunta di tutte le circostanze: agli aumenti di pena determinati dalle aggravanti seguivano le diminuzioni per effetto delle attenuanti concorrenti<sup>12</sup>. Con l'entrata in vigore del codice Rocco il cumulo è stato sostituito dal meccanismo del bilanciamento, con esclusione tuttavia delle circostanze inerenti la persona del colpevole, tra cui la recidiva, e di quelle autonome o indipendenti, assoggettate al bilanciamento soltanto con la riforma del 1974<sup>13</sup>.

Nel vigente assetto del concorso eterogeneo di circostanze, dunque, l'art. 69 c.p.

---

<sup>10</sup> La sentenza è pubblicata in *Dir. Pen. Cont.*, 18 ottobre 2010.

<sup>11</sup> In dottrina a tra gli altri cfr: G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, pp. 531 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, X ed., 2012, pp. 269 ss., il quale pone fondati dubbi di costituzionalità della recidiva reiterata sotto il diverso profilo della fissità dell'aumento di pena imposto. In forma dubitativa sulla possibilità di correlare davvero la recidiva al fatto: A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, p. 685; V. B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, pp. 78 ss.

<sup>12</sup> Cfr. A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 23.

<sup>13</sup> N. MADIA, *Sub. art. 69*, in G. Lattanzi - E. Lupo, *Codice penale rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. III, Libro I, Milano, 2010., p. 237. Ai fini di chiarezza terminologica, si intendono circostanze "autonome" quelle per le quali la legge stabilisca una pena di specie diversa rispetto a quella comminata per il reato base, circostanze "indipendenti" quelle per le quali è previsto un mutamento della cornice edittale in forma non frazionaria rispetto al reato base. Residuano le c.d. circostanze ad effetto speciale, implicanti una variazione di pena rapportata al reato base ed in misura superiore ad un terzo. Queste tre tipologie di circostanze possono essere definite "a efficacia speciale" per distinguerle da quelle "a efficacia comune". V. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, pp. 495 ss.

detta la *regola generale*: si assegna al giudice il potere/dovere di effettuare un giudizio comparativo di valenza, unitario ed obbligatorio, tra circostanze aggravanti ed attenuanti per determinare se esse si presentino equivalenti o se si abbia prevalenza di talune su quelle di segno opposto<sup>14</sup>. La conseguenza giuridica è nota: in caso di giudizio di equivalenza il giudice non applicherà né gli aumenti né le diminuzioni di pena previsti dalle circostanze, in caso di prevalenza delle aggravanti applicherà esclusivamente gli aumenti di pena, viceversa in caso di prevalenza delle attenuanti. Il giudizio di bilanciamento, imponendo al giudice di elidere una o entrambe le circostanze, esclude la possibilità di una loro concorrenza nella determinazione del trattamento sanzionatorio, salva tuttavia la possibilità, secondo la tesi preferibile, di recuperare, almeno in parte, la valenza contenutistica degli elementi depotenziati dal bilanciamento nel momento di commisurazione giudiziale della pena in senso stretto *ex art 133 c.p.* o, ancora, nella determinazione della variazione della pena base da applicarsi in forza della circostanza ritenuta prevalente<sup>15</sup>.

La regola generale delineata dall'art. 69 c.p. conosce tuttavia *eccezioni* costituite dal concorso eterogeneo qualificato dalla presenza di circostanze che, per previsione normativa derogatoria rispetto all'art. 69 c.p., debbono considerarsi blindate o privilegiate. In questi casi il legislatore vincola il giudice a fare applicazione della circostanza privilegiata, atteso il preminente significato sotteso alla enucleazione dell'elemento circostanziale stesso, evitando così che la valutazione comparativa con elementi di segno opposto possa eliderne la portata<sup>16</sup>.

Costituisce una particolare forma di blindatura quella operata dalla l. *ex Cirielli* di modifica del quarto comma dell'art. 69 c.p., prevedendo che le disposizioni di detto articolo non si applicano alla recidiva reiterata, nonché ai casi di cui agli artt. 111 e 112 comma 1 n. 4 c.p., per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti. Secondo l'interpretazione ormai consolidata il legislatore avrebbe così vincolato l'esito del bilanciamento ad un risultato di soccombenza delle attenuanti o, al più, di equivalenza dell'intero compendio circostanziale<sup>17</sup>.

#### **4. Rapporti tra bilanciamento e principi costituzionali sulla pena: le indicazioni della Sentenza Corte Cost. n. 251/2012.**

Il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata è stato, sin dalla sua introduzione, criticato dalla dottrina, la quale ha prospettato attriti con i principi costituzionali, secondo taluni di ampiezza diversa a seconda della funzione che si

---

<sup>14</sup> Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 245.

<sup>15</sup> M. ROMANO, *op. cit.*, p. 711;

<sup>16</sup> In generale, sul fenomeno delle circostanze privilegiate v. l'opera monografica di A. PECCIOLI, *op. cit.*

<sup>17</sup> Cfr. sempre A. PECCIOLI, *op. cit.*

vuole riconoscere al giudizio di bilanciamento<sup>18</sup>.

Il dibattito dottrinale in tema di circostanze e bilanciamento ruota intorno al loro profilo funzionale, nell'alternativa tra un inquadramento del fenomeno sul piano della determinazione della pena edittale, ovvero sul piano della individualizzazione e personalizzazione delle conseguenze sanzionatorie<sup>19</sup>.

Secondo parte della dottrina, se al bilanciamento si assegna una funzione paralegislative di rideterminazione delle cornici edittali di pena, gli spazi per il sindacato di costituzionalità sarebbero ridotti al parametro della ragionevolezza e della disparità di trattamento, in coerenza con i classici criteri di controllo sulle misure edittali della pena<sup>20</sup>. Il legislatore, ponendo la disciplina derogatoria, si riapproprierebbe di un compito tipicamente riservato al momento della produzione normativa; così come lo ha delegato al giudice, tramite la disciplina dell'art. 69 potrebbe, nei limiti di cui sopra, richiamarlo a sé.

Di contro, assegnando al bilanciamento una funzione di individualizzazione e personalizzazione del trattamento sanzionatorio, il divieto di prevalenza delle attenuanti in concorso con la recidiva presenterebbe profili di contrasto con i principi di personalità della responsabilità penale e di funzione rieducativa della pena, dato che verrebbe impedita quella valutazione globale del fatto funzionale all'applicazione di una pena ad esso proporzionata, specialmente a fronte di circostanze implicanti un notevole abbattimento della cornice edittale<sup>21</sup>.

In merito alla speciale disciplina prevista dall'art. 69 comma 4 c.p., è intervenuta di recente la sentenza della Consulta n. 251/2012<sup>22</sup>, che ha dichiarato la norma parzialmente incostituzionale laddove pone il divieto di prevalenza, sulla recidiva reiterata, dell'attenuante del fatto di lieve entità in materia di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui al comma 5 dell'art. 73

---

<sup>18</sup> Vedi F. ROCCHI, *op. cit.*, p. 4113.

<sup>19</sup> Vedi A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Milano, 2000, pp. 581 ss. Con specifico riguardo alla funzione del bilanciamento, mentre taluni ne rinvergono la *ratio* nel permettere al giudice una visione organica e complessiva del reato, tramite una valutazione congiunta degli elementi oggettivi e soggettivi, altra dottrina sottolinea che il suo effetto di elisione di almeno un tipo di circostanze impedirebbe in realtà proprio una siffatta valutazione complessiva del reato, quindi il significato dell'istituto andrebbe ricercato nella determinazione legale della pena. Cfr.: N. Madia, *op. cit.*, pp. 234-237.

<sup>20</sup> Cfr. F. ROCCHI, *op. cit.*, pp. 4113 ss.; Sul controllo di costituzionalità indirizzato alla misura della pena cfr.: S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, pp. 134 ss.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012; M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, 2, pp. 726 ss.

<sup>21</sup> Cfr. F. ROCCHI, *op. cit.*, pp. 4113-4114; sul controllo di costituzionalità in materia penale v. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, pp. 350 ss.; F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4, pp. 3017 ss.

<sup>22</sup> Tale sentenza è annotata da D. NOTARO, *Incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990 sulla recidiva reiterata*, nota a *Corte Cost.*, 15.11.2012, n.251, in *Cass. Pen.*, 2013, 5, p.1762.

d.p.r. n. 309/1990<sup>23</sup>. Secondo la Corte costituzionale, la forte mitigazione del trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie attenuata del c.d. “spaccio lieve” (reclusione pari ad un anno nel minimo ed a sei anni nel massimo – che il recente D.L. riduce a cinque – mentre la fattispecie base prevede un minimo di pena di sei anni) rispecchiava una diversa e minore dimensione offensiva del fatto rispetto all’interesse tutelato. Il divieto di prevalenza dell’attenuante sulla recidiva reiterata comportava, quindi, l’assoggettamento del reo alla cornice edittale prevista per fatti non lievi, con incremento pari al sestuplo della pena minima, indotta da componenti di natura squisitamente soggettiva compendiate nell’aggravante della recidiva reiterata. L’impossibilità per il giudice di dichiarare prevalente l’attenuante speciale comportava quindi violazione del principio di proporzionalità della pena modulato secondo il principio di offensività, da riconoscersi operante anche nel momento della commisurazione giudiziale del trattamento sanzionatorio.

La sentenza della Corte costituzionale ha contribuito a delineare i criteri generali che devono ispirare il regime giuridico del concorso eterogeneo di circostanze e, di riflesso, le condizioni di ammissibilità di discipline derogatorie al bilanciamento<sup>24</sup>; tanto che le censure sollevate dalla Corte di cassazione nell’ordinanza in nota seguono i medesimi rilievi svolti dal Giudice delle leggi<sup>25</sup>.

La Corte aderisce alla ricostruzione del bilanciamento quale istituto finalizzato a consentire al giudice *“di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la quantitas delicti, oppure soltanto di quelle che la diminuiscono (sentenza n. 38 del 1985)”*. Rispetto ad esso, sostiene la Corte: *“deroghe al bilanciamento però sono possibili e rientrano nell’ambito delle scelte del legislatore [...], ma in ogni caso non possono giungere a determinare un’alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella*

---

<sup>23</sup> Segnaliamo che, successivamente alla pronuncia della Consulta, il comma 5 del d.p.r. n. 309/1990 è stato modificato ad opera del D.L. n. 146 del 23 dicembre 2013, convertito in legge con L. n. 10/2014 con l’intento di trasformare l’illecito di lieve entità da circostanza attenuante in fattispecie autonoma: il testo modificato prevede che *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell’azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000”*. Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 15 ottobre 2013 - 20 gennaio 2014 n. 2295 la quale conferma la natura di fattispecie autonoma della nuova versione dell’art. 73 comma 5 d.p.r. n. 309/1990. Segnaliamo inoltre che, sempre in tema di stupefacenti, la Corte costituzionale, con Sentenza n. 32/2014, ha dichiarato incostituzionale l’unificazione tra c.d. “droghe leggere” e “droghe pesanti” realizzato con la l. c.d. Fini - Giovanardi. Si rinvia a tal proposito agli approfondimenti pubblicati su *questa Rivista*.

<sup>24</sup> Nonostante la trasformazione della circostanza attenuante di cui all’art. 73 comma 5 del d.p.r. n. 309/1990 in fattispecie autonoma, la sentenza n. 251/2012 della Corte costituzionale permane in questo senso attuale, offrendo indicazioni circa il vaglio di legittimità costituzionale dei modelli solutori del concorso eterogeneo di circostanze.

<sup>25</sup> La Corte di cassazione, tuttavia, non deduce espressamente come parametro di controllo di costituzionalità il principio di offensività ex art. 25 comma 2 Cost. benché le argomentazioni spese ne facciano sostanziale rinvio. Comunque, il dedotto vizio di proporzionalità della pena comprende in sé la violazione del principio di offensività, una volta che termine di paragone della proporzionalità sia la stessa offensività del fatto.

*strutturazione della responsabilità penale”.*

I principi guida di proporzionalità della pena e di offensività, insiti in un diritto penale del fatto, devono essere salvaguardati non soltanto nel momento dell’astratta comminatoria edittale, ma anche nei successivi passaggi di individualizzazione e commisurazione in concreto della pena. La Consulta precisa difatti che il principio di offensività<sup>26</sup> “è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale”. Con particolare riguardo al tema della recidiva, ne deriva l’impossibilità di assegnare alla colpevolezza e alla pericolosità (che costituiscono fondamento sostanziale dell’aggravante) “nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo”, verificandosi altrimenti un contrasto con il principio di proporzionalità della pena e di offensività di cui all’art. 25 comma 2 Cost.<sup>27</sup>.

In sostanza, i principi costituzionali vietano che l’inasprimento della risposta ordinamentale, in ragione di un disvalore soggettivo del fatto, si riveli preponderante rispetto alla quota di sanzione che trova giustificazione nell’offesa all’interesse protetto. L’offensività svolge quindi un ruolo fondamentale nel modulare la gravità del reato quale parametro di valutazione della proporzionalità della pena: la gravità del reato deve essere intesa principalmente come gravità dell’offesa rispetto al bene tutelato, mentre alla maggiore colpevolezza o pericolosità dell’autore dovranno assegnarsi un valore solo secondario.

Si configurano conseguentemente illegittime quelle deroghe al bilanciamento che, in virtù dei loro effetti, impediscono al giudice di modulare la pena in modo proporzionato all’offensività del fatto. Il difetto di proporzionalità della pena comporta

---

<sup>26</sup> In generale sul tema dell’offensività cfr. la monografia V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

<sup>27</sup> Come noto, pena conforme ai principi costituzionali è quella che si presenti proporzionata alla gravità del fatto commesso, mantenuta tuttavia nei limiti della colpevolezza del soggetto.

La gravità del reato complessivamente considerata, modulata in ragione dei risvolti sia oggettivi che soggettivi del fatto, segna quindi il limite superiore di riferimento per la corretta individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Il principio di offensività come declinato dalla Corte costituzionale nella Sent. n. 251/2012, partecipa a questa funzione selettiva anche nel momento di trasposizione della gravità del fatto colpevole in un dato numerico corrispondente ad un periodo di pena ad essa proporzionata, sancendo il divieto di riconoscere una quota preponderante del trattamento sanzionatorio a quegli elementi che, pur contrassegnando la gravità del reato, non incidono sulla sua dimensione offensiva rispetto al bene protetto.

L’offensività opera, quindi, nel procedimento di individualizzazione del trattamento sanzionatorio quale freno rispetto a derive commisurative incentrate su profili della gravità del reato che non attengono all’offesa, i quali potranno tradursi in quote di pena esclusivamente fintanto che essa resti bilanciata con quella assegnata in ragione della lesione provocata al bene giuridico. Ne deriva, per lo meno in questa prima fase commisurativa in senso lato, una gerarchia tra i vari indici di gravità del reato enucleati dall’art. 133 comma 1 c.p., rispetto ai quali deve essere riconosciuto preminente rilievo a quello contrassegnato dal n. 2, attinente all’offesa al bene giuridico.

Successivamente, tra il minimo edittale ed il massimo di pena così determinato, si esplicherà il potere commisurativo in senso stretto orientato finalisticamente alla determinazione della c.d. pena finale, il quale potrà ben valorizzare ulteriori elementi in senso mitigativo della risposta sanzionatoria.

inoltre un detrimento della sua funzione rieducativa ex art. 27 comma 3 Cost., posto che una pena avvertita come ingiusta dalla società e dallo stesso condannato non può tendere alla rieducazione (sui rapporti intimi tra proporzionalità della pena e funzione rieducativa cfr. *ex plurimis* Corte Cost. Sent. n. 313/1990; Sent. n. 68/2012; Sent. n. 251/2012).

Secondo la prospettiva delineata, la disciplina particolare di cui all'art. 69 comma 4 c.p. comporta effettivamente una illegittima alterazione dei rapporti tra offensività e pena in relazione a quelle attenuanti che trovano fondamento nella minore lesività del fatto e che, al contempo, comportano una sensibile riduzione del trattamento sanzionatorio<sup>28</sup>.

## **5. Il sindacato di costituzionalità sulle deroghe al bilanciamento tra recidiva reiterata e attenuanti concorrenti.**

La possibilità giuridica di irrogare una pena in concreto proporzionata alla gravità del fatto, ricostruita principalmente secondo note offensive, viene garantita dall'ordinamento tramite due meccanismi interdipendenti: la predisposizione a livello generale e astratto di adeguate cornici edittali<sup>29</sup> ed il riconoscimento di un sufficiente grado di discrezionalità giudiziale in sede di commisurazione della pena<sup>30</sup>. Ogni alterazione di detti presupposti può quindi comportare l'impossibilità di giungere alla determinazione di una pena proporzionata alla gravità del fatto, e come tale autenticamente rieducativa.

Il bilanciamento tra circostanze eterogenee è per l'appunto un istituto che attiene alla discrezionalità giudiziale, con ricadute solo riflesse in punto di cornici edittali di pena<sup>31</sup>. La legittimità costituzionale delle deroghe alla regola generale di cui all'art. 69 c.p. deve essere quindi vagliata in relazione alle ricadute nel momento della

---

<sup>28</sup> Le considerazioni sin qui svolte inducono inoltre, e più in generale, a dubitare della legittimità costituzionale dell'aumento di pena comminato ex art. 99 comma 4 c.p. per la recidiva reiterata c.d. qualificata, pari a due terzi della pena base. L'inasprimento della risposta ordinamentale connessa alla recidiva, trovando fondamento sostanziale in una accentuata gravità del momento soggettivo del fatto, incontra i limiti appena delineati dalla Sentenza n. 251/2012 della Corte costituzionale.

Indifferente è invece lo strumento giuridico tramite il quale il legislatore giunge ad aggravare il trattamento penale del recidivo, assumendo rilevanza sia le modificazioni della cornice edittale imposte quale conseguenza diretta dell'aggravante, sia quelle ottenute per via indiretta, tramite la modificazione di qualsivoglia istituto che influisca sulla commisurazione della pena in senso lato.

<sup>29</sup> Sui rapporti tra comminatoria legale e proporzionalità della pena vedi T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, pp. 419 ss.

<sup>30</sup> Sulla discrezionalità penale come elemento costituzionalmente significativo della fase della commisurazione giudiziale della pena cfr.: G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2011, e autori *ivi* citati.

<sup>31</sup> Sulla funzione delle circostanze ad efficacia speciale, ricostruite come elementi conformanti già la determinazione legale della pena v. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983 pp. 157 ss.

commisurazione giudiziale della pena: l'ordinamento penale deve mettere in condizione il giudice di poter effettivamente giungere alla determinazione di una pena che non appaia sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità oggettivo-offensiva del fatto.

Merita sottolineare come, anche nel caso in cui si ritenga di assegnare al bilanciamento una funzione paralegislativa di determinazione della cornice legale di pena (v. *supra*), l'ampiezza del controllo demandato alla Corte costituzionale sui meccanismi regolativi del concorso eterogeneo tra recidiva reiterata e attenuanti non sembra risentire delle normali limitazioni tipiche del sindacato costituzionale sulla cornice edittale. In particolare non si presentano le limitazioni insite nella necessità di rinvenire un elemento di comparazione esterno alla fattispecie, il c.d. *tertium comparationis*, quale parametro necessario di valutazione della ragionevolezza e proporzionalità del trattamento sanzionatorio inflitto<sup>32</sup>.

La traduzione del disvalore del reato in termini quantitativi di pena, ordinariamente vagliata previa selezione dell'elemento di comparazione esterno (con le relative problematiche)<sup>33</sup>, avviene nel caso di specie tramite binari predeterminati, interni alla stessa norma incriminatrice: circostanza e reato base indicano espressamente all'organo di controllo costituzionale sia il disvalore del fatto in termini di pena, sia il fondamento sostanziale e l'incidenza numerica (quindi il suo disvalore relativo) della variazione circostanziale.

Il controllo sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio si atteggia quindi come controllo dell'equilibrio interno alla cornice edittale, incentrato sul corretto riparto della pena tra i profili attinenti alla offensività, alla gravità oggettiva ed alla gravità soggettiva del fatto.

## **6. Note conclusive sul divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al terzo comma dell'art.609 bis sulla recidiva reiterata.**

La questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione al divieto di prevalenza dell'attenuante della violenza sessuale di minore gravità sulla recidiva reiterata si differenzia rispetto a quella risolta con la sentenza n. 251/2005 per la tipologia di circostanza coinvolta: mentre il quinto comma dell'art. 73 configura(va) una circostanza indipendente, che determina una nuova cornice edittale di pena, la circostanza qui in rilievo è ad effetto speciale. Anche l'incidenza sul trattamento sanzionatorio appare sensibilmente differente, posto che nell'ambito dell'art. 73

---

<sup>32</sup> Cfr. a tal proposito Corte Cost. Sent. n. 341/1994 a proposito del trattamento sanzionatorio del delitto di oltraggio; Sui profili problematici della selezione del c.d. *tertium comparationis*, sul relativo ruolo, ed in generale sulla difficoltà per il giudice costituzionale di ricostruire il disvalore effettivo delle fattispecie ai fini del controllo sulla pena v. in particolare F. PALAZZO, *op.cit.*; v. anche S. CORBETTA, *op. cit.*; S. ROSSI, *Il principio di ragionevolezza, in relazione al quadro sanzionatorio, nel sindacato di legittimità costituzionale: rinnovati spunti in chiave comparatistica*, in *L'Indice Penale*, 2012, 2, pp. 483 ss.

<sup>33</sup> Vedi dottrina citata alla nota precedente.

l'aumento indotto dal limite al bilanciamento era pari a ben sei volte la pena minima, mentre in sede di 609 *bis* comma 3 l'aumento minimo è del triplo (da un anno e otto mesi a cinque anni).

Tuttavia, seguendo lo schema argomentativo delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 251/2012, l'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti per la individualizzazione e personalizzazione del trattamento sanzionatorio appare apprezzabile anche in riferimento all'art. 609 *bis* c.p.. L'elisione dell'attenuante speciale comporterebbe, infatti, la riconducibilità della maggior parte della pena a risvolti soggettivi del fatto anziché al suo profilo offensivo; inoltre l'aumento della pena minima (pari al triplo) risulta essere ben maggiore rispetto a quello indotto dall'effetto primario della recidiva reiterata (aumento pari alla metà o a due terzi).

Interpretata la *ratio* dell'attenuante in chiave di minore offensività del fatto e verificata la sensibile incidenza del limite al bilanciamento sul minimo edittale, ci pare innegabile l'incostituzionalità della disciplina sotto il profilo della violazione di quei parametri di controllo ampiamente delineati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 251/2012.

A ben vedere, tuttavia, la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2012 associa la irrimediabile alterazione dei rapporti tra parametri oggettivi e soggettivi di commisurazione non tanto al limite apposto alla discrezionalità valutativa del giudice dal censurato art. 69 comma c.p., ma ancor prima alla mera elisione degli effetti attenuanti della circostanza a sfondo oggettivo, quale conseguenza della sua partecipazione al giudizio di bilanciamento.

La pena per un fatto di lieve entità modulata secondo la cornice edittale della fattispecie base si appalesa sproporzionata alla offensività del reato a prescindere dai limiti alla discrezionalità nel giudizio di bilanciamento, posto che non appare ammissibile, neanche a seguito di valutazione giudiziale, lo slittamento verso l'alto della cornice sanzionatoria cagionato da risvolti non offensivi del fatto.

Se così è, ci pare che, in virtù delle argomentazioni spese, la Corte costituzionale sia giunta a configurare la *necessità di una sostanziale "blindatura" delle circostanze attenuanti rilevanti sotto il profilo dell'offesa e comportanti sensibili modificazioni sanzionatorie*, dato che qualsiasi giudizio comparativo di bilanciamento, anche se non soggetto a presunzioni legislative di sorta, non potrà che salvaguardare l'applicazione dell'attenuante se vorrà giungere ad una pena proporzionata alla reale offensività del fatto.

Mantenere la circostanza attenuante della violenza sessuale di minore gravità all'interno del meccanismo di bilanciamento, seppur svincolata dal limite apposto dal quarto comma dell'art. 69 c.p., significherebbe negare ogni riconoscimento all'aggravante della recidiva (e probabilmente alle altre circostanze aggravanti di natura soggettiva)<sup>34</sup>, le quali dovrebbero essere dichiarate sempre soccombenti per

---

<sup>34</sup> Potrebbe, al più, predicarsi ancora la possibilità di un bilanciamento in concreto esclusivamente per quei fatti che, sebbene di lieve entità, si pongano quanto ad offesa sulla zona di confine con la fattispecie base,

salvaguardare la portata attenuatrice della circostanza di cui al terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p.

Lo scenario appena delineato è figlio dell'irragionevole assoggettamento al bilanciamento di quelle circostanze attenuanti implicanti una sensibile modifica della cornice edittale e giustificate da una particolare tenuità offensiva del fatto, alle quali dovrebbe riconoscersi uno statuto di applicazione necessaria al di fuori del bilanciamento, sottratte quindi alla discrezionalità giudiziale. D'altronde, sin dalla riforma del 1974 la dottrina ha messo in luce gli effetti perversi dovuti all'estensione indiscriminata del bilanciamento ad ogni circostanza, evidenziando il rischio di commistione tra elementi di natura diversa, ora oggettivi ed ora soggettivi<sup>35</sup>, capaci di annullarsi reciprocamente a discapito del loro differente fondamento sostanziale.

Riconoscere, nell'ambito del bilanciamento, il potere del giudice di elidere la portata attenuatrice di quelle circostanze delineate dal legislatore per selezionare un preciso intervallo di pena adeguato alla minore offensività del fatto, appare foriero di pregiudizi in tema di garanzie individuali sotto il profilo di un eccesso di discrezionalità giudiziale.

Unica possibilità di salvezza dell'art. 69 comma 4 c.p., appare essere rappresentata dall'adesione ad una interpretazione dell'attenuante di cui all'art. 609 *bis* comma 3 come obbligatoria e sottratta al giudizio di bilanciamento<sup>36</sup>. Esiste difatti un orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione, peraltro della medesima sezione che ha sollevato la questione di costituzionalità che ci occupa (ed appare strano che l'ordinanza in nota non vi abbia fatto riferimento), secondo il quale "*in tema di violenza sessuale, la diminuzione prevista dall'art. 609 bis, comma ultimo, c.p. per i casi di minore gravità non è soggetta al giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p.p., stante l'obbligatorietà della sua applicazione allorché ne ricorrano le condizioni*" (Cass. Pen. Sez. III, Sent. n. 34902 del 07.06.2007; vedi anche Cass. Pen., Sez. III, Sent. n. 30382 del 15.07.2011; Cass. Pen., Sez. III, Sent. n. 3833 del 24.11.2010).

In effetti l'astratta configurabilità di deroghe, anche implicite, all'obbligatorietà del bilanciamento è stata di recente confermata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione intervenuta sull'attenuante della c.d. "dissociazione attuosa" in ambito mafioso di cui all'art. 8 d.l. n. 151/1991 conv. in legge n. 203/1991. Con la sentenza n. 10713 del 25 febbraio 2010 la Corte ha ritenuto di poter statuire l'obbligatorietà dell'attenuante e la sua esclusione dal giudizio di bilanciamento, pur in assenza di una deroga legislativa espressa, valorizzandone la *ratio* e l'irragionevolezza delle conseguenze connesse alla tesi contrapposta, pur presente in giurisprudenza. Ai nostri fini, attesa la particolarità dell'attenuante su cui si è pronunciata questa sentenza, il

---

tali quindi da poter meritare il massimo della pena previsto per la fattispecie attenuata.

<sup>35</sup> Cfr.: A PAGLIARO, *Il Reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grossi - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2007, pp. 321-322; T. PADOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 260; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 710; Per una rassegna di altra dottrina critica v. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 239 ss.

<sup>36</sup> La sentenza di primo grado intervenuta nel processo *de quo* non aveva provveduto al bilanciamento, non avendo il testo della decisione non ne conosciamo tuttavia le ragioni. Sussiste un unico precedente di legittimità.

precedente si segnala esclusivamente per aver ritenuto non necessaria, al fine di escludere il bilanciamento, una deroga espressa<sup>37</sup>. Questo esito interpretativo, implicando un concorso tra gli effetti dell'attenuante e quello della recidiva (ove ritenuta sussistente) avrebbe peraltro il vantaggio di evitare quelle incongruenze appena rilevate a proposito del bilanciamento tra attenuanti a sfondo oggettivo-offensivo (comportanti un sensibile abbattimento di pena) e recidiva reiterata. Si presenterebbe, a tal punto, il diverso ed ulteriore profilo problematico attinente alla compatibilità con la Costituzione della misura e fissità degli aumenti di pena imposti per l'aggravante di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

Ulteriore profilo di incostituzionalità dei rapporti tra art. 69 comma 4 e 609 *bis* comma 3 c.p., tuttavia non dedotto, attiene alla irragionevolezza per inadeguatezza rispetto agli scopi general-preventivi del diritto penale<sup>38</sup>. Se scopo del diritto penale è proteggere il bene giuridico, esso appare frustrato da una disciplina che, rispetto a beni offendibili secondo gradi diversi, non induca i consociati, tramite adeguate differenziazioni sanzionatorie, a propendere per l'offesa minore<sup>39</sup>. Il plurirecidivo in materia di reati sessuali non troverebbe alcun vantaggio nel commettere una violenza sessuale di minore gravità, atteso che in virtù dell'imposto giudizio di equivalenza egli verrebbe assoggettato comunque alla cornice edittale prevista per la violenza sessuale base.

## **7. Note conclusive sulle tensioni costituzionali dei modelli solutori del concorso eterogeneo di circostanze.**

La validità costituzionale dei modelli solutori del concorso eterogeneo di circostanze dovrà apprezzarsi in relazione alla adeguatezza della disciplina rispetto alla possibilità di giungere ad una individualizzazione del trattamento sanzionatorio in modo effettivamente proporzionato alla gravità del fatto. Ogni modello si caratterizza per un differente livello di discrezionalità riconosciuto al giudice nell'applicazione del compendio circostanziale.

In via astratta, non pare contraria di per sé ai principi costituzionali una esclusione *tout court* del bilanciamento, con annessa negazione di ogni potere giudiziale in merito, secondo quanto già avveniva sotto la vigenza del codice Zanardelli. Al contrario, la sottoposizione indiscriminata del concorso eterogeneo di circostanze al meccanismo del bilanciamento comporta le incoerenze già delineate al

---

<sup>37</sup> Sottolinea l'attrito con il principio di legalità, comunque smorzato dalla portata *pro reo* dell'interpretazione A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 83.

<sup>38</sup> Sulla adeguatezza del mezzo allo scopo sotto il profilo della ragionevolezza v. F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 381; M. PAPA, *op. cit.*, p. 736 il quale mette in luce l'estrema problematicità di un siffatto controllo atteso il doveroso ricorso a nozioni di esperienza.

<sup>39</sup> Si tratta del noto fenomeno della "deterrenza restrittiva" (o intimidazione relativa) risalente alle teorizzazioni di C. Beccaria e J. Bentham, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione, cit.*, p. 444 e bibliografia ivi riportata.

paragrafo precedente.

Le restanti ipotesi di deroghe al bilanciamento, consistenti essenzialmente nella blindatura di talune circostanze, possono essere ricondotte a tre modelli differenti<sup>40</sup>.

In primo luogo, vi è l'ipotesi di **sottrazione dal bilanciamento** della circostanza privilegiata, con applicazione congiunta di essa e delle altre circostanze coinvolte<sup>41</sup>, queste ultime soltanto, se tra di loro eterogenee, assoggettate al bilanciamento. Non sembrano implicare problemi immediati di incostituzionalità quelle deroghe al bilanciamento che, limitandosi a blindare una circostanza, preservano comunque l'applicazione di quelle di segno opposto. Come già detto, il bilanciamento rappresenta solo una possibile soluzione normativa del fenomeno della confluenza di circostanze eterogenee intorno al medesimo fatto, potendo il legislatore discrezionalmente assoggettarle ad un regime di cumulo.

In secondo luogo, il privilegio si può manifestare sotto forma di **restrizione degli effetti** del giudizio di bilanciamento, al quale non è consentito elidere l'ipotesi blindata. La circostanza privilegiata partecipa in concreto alla valutazione comparativa di cui all'art. 69 c.p., tuttavia gli effetti tipici del bilanciamento – elisione delle circostanze contrapposte – vengono limitati al caso di effettiva prevalenza della circostanza privilegiata. Laddove invece il bilanciamento si concluda con una dichiarazione di equivalenza o subvalenza della circostanza privilegiata, essa viene sottratta alla forza limitatrice del bilanciamento e, nel secondo caso, si procederà al cumulo delle variazioni di pena indotte dalle circostanze<sup>42</sup>. Nemmeno la previsione di una blindatura siffatta appare particolarmente problematica garantendo comunque la possibilità di giungere ad una applicazione congiunta di tutte le circostanze. La Corte costituzionale ha già avuto occasione di esprimersi in relazione alla disciplina dell'art. 1, comma terzo, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, come conv. nell'art. 1, l. 6 febbraio 1980, n. 15, che prevedeva il divieto di prevalenza ed equivalenza delle circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante della finalità di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico. Con la sentenza n. 38 del 1985 il giudice delle leggi, nel rigettare la questione di costituzionalità sollevata, ha interpretato la disciplina nel senso di un recupero a posteriori dell'attenuante: in caso di prevalenza delle circostanze attenuanti, atteso il vincolo legislativo all'esito del relativo giudizio, la diminuzione di pena da essa prevista si sarebbe comunque dovuta applicare, seppur successivamente all'aumento di pena indotto dall'aggravante privilegiata<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Invece A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 37 ss. individua esclusivamente due modelli di blindatura, a base totale o parziale, a seconda che sia esclusa o meno la possibilità di un giudizio di equivalenza tra le circostanze.

<sup>41</sup> E' il modello utilizzato per la prima versione dell'aggravante del "fine di terrorismo e di eversione" introdotta con decreto legge nel 1979, cfr. A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 38.

<sup>42</sup> E' il caso della medesima aggravante del "fine di terrorismo e di eversione" nella formulazione assunta sin dalla legge di conversione del D.L. originario., così come interpretato dalla Corte Cost. con la Sent. n. 38/1985. Cfr. sempre A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 39 ss.

<sup>43</sup> Nota difatti la Corte che: "Nell'art. 69 cod. pen., infatti, l'obbligatorietà del giudizio di bilanciamento ha una sua razionalità nell'essenza stessa di quella valutazione, che è giudizio di valore globale del fatto e non numerico delle circostanze contrapposte e concorrenti. All'interno dell'obbligatorio giudizio il magistrato

La Corte costituzionale, in questa sentenza, tacciava espressamente di irrazionalità una eventuale (all'epoca) disciplina che, nell'imporre un esito al bilanciamento in favore di una circostanza aggravante privilegiata, sancisse anche l'impossibilità di applicare le concorrenti attenuanti, in quanto ciò impedirebbe al giudice di compiere una valutazione complessiva del fatto, nei suoi aspetti oggettivi e soggettivi.

Ciò corrisponde esattamente al modello introdotto con la l. ex Cirielli, incentrato su di un vero e proprio **vincolo all'esito del giudizio di comparazione**<sup>44</sup>, secondo una presunzione assoluta che tiene luogo della valutazione giudiziale. Il meccanismo si caratterizza per non prevedere la salvezza della portata attenuante di quelle circostanze che concorrono con le aggravanti privilegiate. La coesistenza tra bilanciamento ed esito vincolato appare dunque foriera di conseguenze irragionevoli, che assumono particolare rilievo con riguardo alle attenuanti ad efficacia speciale nei rapporto con la recidiva reiterata: la modifica *in melius* della pena, sottesa a detta tipologia di attenuanti, sottintende normalmente una diversità del fatto nella sua oggettività, profilo questo non meritevole di cedere di fronte ad un aggravante a fisionomia prettamente soggettivistica<sup>45</sup>.

La deroga al bilanciamento introdotta con la l. 251/2005 in favore della recidiva reiterata (ma anche delle aggravanti ex art. 111 e 112, comma 1 n. 4 c.p.) limita *ex lege* i possibili esiti della comparazione tra circostanze eterogenee. Siffatto bilanciamento, configurato come obbligatorio ma parzialmente vincolato nei risultati, pone le già descritte tensioni costituzionali in punto di individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

In generale, rispetto al vincolo al bilanciamento disposto in favore della recidiva reiterata, paiono quindi prospettabili due soluzioni differenti, a seconda delle ricadute sulla entità o tipologia del trattamento sanzionatorio.

La prima, radicale, deducibile dalla sentenza Corte Cost. n. 251/2012, riferibile ai casi di concorrenza tra recidiva e attenuanti comportanti modificazioni macroscopiche della cornice edittale di pena (tendenzialmente quelle ad efficacia

ha un amplissimo potere discrezionale, specie dopo la novella del 1974; tanto ampio da essere stato definito dalla stessa Corte regolatrice "assai simile a quello del legislatore". Il giudice, perciò, è libero di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la *quantitas delicti*, oppure soltanto di quelle che la diminuiscono. Ma, una volta rotto questo perfetto equilibrio valutativo, che implica un globale giudizio sia sul fatto di reato che sulla personalità del suo autore, e privato il giudice – come appunto si verifica nella norma in esame – del potere di esprimere, ai fini della pena, un giudizio omogeneo e complessivo su tutta la vicenda soggettiva ed oggettiva dell'illecito, tenere ferma tuttavia unilateralmente quell'obbligatorietà, che trovava giustificazione nella corrispettiva omogeneità dei criteri valutativi, determinerebbe effettivamente una situazione del tutto irrazionale. Ed il legislatore, infatti, non la pretende, né il giudice – come s'è detto – può evincerla dal sistema, dato che non sussistono più le condizioni che la legittimavano sul piano della razionalità".

<sup>44</sup> V. A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 68 ss. che definisce questo modello "blindatura a base parziale".

<sup>45</sup> A. MELCHIONDA, *Commento ad art. 3 l. 5.12.2005 n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, pp. 437 ss.; D. NOTARO, *op. cit.* p. 1762.

speciale), che importa la incostituzionalità della disciplina in relazione alla violazione del principio di *proporzionalità* del trattamento sanzionatorio *sub specie* di alterazione degli *equilibri tra offensività e colpevolezza* all'interno del fatto.

La seconda, più *soft*, da riservarsi a quei casi in cui l'elisione della circostanza attenuante non travolge gli equilibri interni del trattamento sanzionatorio, di guisa che non vi è diretta lesione del principio di offensività e proporzionalità della pena (eventualmente anche solo in virtù degli interventi correttivi demandabili al giudice in sede di commisurazione *ex art. 133 c.p.*<sup>46</sup>). In tali ipotesi, il limite alla discrezionalità giudiziale insito nel bilanciamento potrebbe comunque comportare attriti con il *principio di uguaglianza e di ragionevolezza*, facendo leva sulla *illegittimità della presunzione legislativa di non soccombenza* dell'aggravante della recidiva reiterata. Secondo la giurisprudenza della Consulta, difatti, le presunzioni assolute in materia penale sono costituzionalmente inammissibili a meno che non siano confortate da dati di esperienza generalizzabili (cfr. Corte Cost., Sent. n. 183/2011, sulla incostituzionalità del divieto di riconoscimento delle attenuanti generiche *ex art. 62 bis* al recidivo reiterato sulla base della condotta del reo susseguente ; sul divieto di automatismi in materia penale v. anche Corte Cost. Sent. n. 253/2003 e Corte Cost. Sent. n. 249/2010)<sup>47</sup>. Appaiono riconducibili a questa seconda classe di casi, tendenzialmente, le attenuanti ad effetto comune o quelle svincolate da valutazioni inerenti la minore offensività del fatto.

---

<sup>46</sup> La Corte costituzionale non è nuova a salvare le cornici edittali di norme incriminatrici laddove tramite la commisurazione della pena il giudice sia posto in grado di adattare il trattamento sanzionatorio al disvalore concreto del fatto v. Corte Cost. Sent. n. 285/1991, Sent. n. 256/1987; Sent. n. 272/1991, tutte citate da S. CORBETTA, *op. cit.*, pp. 142-143.

<sup>47</sup> Sulla sentenza Corte Cost. n. 183/2011 v. G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato, cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. Cost.*, 2011, 3, p. 2375.