

# Osservatorio sulla Corte costituzionale

---

## **Recidiva reiterata – Bilanciamento di circostanze**

### Le decisioni

#### I

**Recidiva reiterata – Bilanciamento di circostanze eterogenee – Divieto di prevalenza della ricettazione di particolare tenuità – Illegittimità costituzionale** (Cost., artt. 3, 25, 27; C.p., artt. 69, 99, 648).

*È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost., l'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, co. 2, c.p. (ricettazione di particolare tenuità), sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p.*

CORTE COSTITUZIONALE, n. 105 del 2014 – SILVESTRI, *Presidente* – LATTANZI, *Estensore*.

#### II

**Recidiva reiterata – Bilanciamento di circostanze eterogenee – Divieto di prevalenza della violenza sessuale di minore gravità – Illegittimità costituzionale** (Cost., artt. 3, 27; C.p., artt. 69, 99, 609-bis).

*È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., l'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, co. 3, c.p. (violenza sessuale di minore gravità), sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p.*

CORTE COSTITUZIONALE, n. 106 del 2014 – SILVESTRI, *Presidente* – LATTANZI, *Estensore*.

### Il commento

#### **Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro “il divieto di prevalenza”**

SOMMARIO: 1. Una premessa sul divieto di prevalenza ex art. 69, co. 4, c.p., in caso di recidiva reiterata. – 2. La sentenza della Consulta n. 251 del 2012 in tema di art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990. – 3. La sentenza della Consulta n. 105 del 2014 in tema di ricettazione di particolare tenuità (art. 648, co. 2, c.p.). – 4. La sentenza della Consulta n. 106 del 2014 in tema di violenza sessuale di minore gravità (art. 609-bis, co. 3, c.p.). – 5. Osservazioni conclusive.

#### **1. Una premessa sul divieto di prevalenza ex art. 69, co. 4, c.p., in caso di recidiva reiterata**

Le due pronunzie della Consulta qui commentate rappresentano – come significato dal titolo di questo breve scritto – due nuove conquiste nella battaglia

contro il “divieto di prevalenza”, oggi sancito dall’art. 69, co. 4, c.p.

Come è noto, con la controversa novella dell’anno 2005 (c.d. “legge *ex Cirielli*”), nell’ambito della più ampia riforma legislativa volta, *inter alia*, ad inasprire il trattamento sanzionatorio nei confronti dei soggetti recidivi, venne sostituito il co. 4, art. 69 c.p.<sup>1</sup>, il quale risulta oggi avere il seguente tenore: «*Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall’articolo 99, co. 4, nonché dagli artt. 111 e 112, co. 1, n. 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed 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*».

Nelle intenzioni del legislatore, in definitiva, si trattava di prevedere uno speciale regime derogatorio che, al cospetto della recidiva reiterata *ex art. 99, co. 4, c.p.*, impedisse al giudice di considerare prevalenti eventuali circostanze attenuanti in concreto sussistenti<sup>2</sup>.

A tale disposizione faceva da *pendant* quella del nuovo art. 81, co. 4, c.p., il quale, in tema di reato continuato, introduceva l’obbligo, per il giudice, di applicare un aumento minimo di pena, pari ad un terzo, nei confronti dei soggetti recidivi reiterati; ciò al deliberato fine di fronteggiare diffuse prassi applicative eccessivamente indulgenti, nell’ambito delle quali gli aumenti di pena *ex art. 81, co. 2, c.p.*, risultavano, in effetti, eccessivamente modesti se non irrisori rispetto all’effettivo disvalore del fatto “continuato”.

Con particolare riferimento alla disposizione dell’art. 69, co. 4, c.p., com’è noto, il diritto vivente manifestò, sin dall’entrata in vigore della L. 5 dicembre 2005, n. 251, una spiccata insofferenza nei confronti del citato divieto di prevalenza, il quale, con una sorta di automatismo applicativo, sembrava vincolare in

<sup>1</sup> In tema di bilanciamento fra circostanze eterogenee, si rinvia, fra tutti, a MANCA, *Le circostanze del reato*, in *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, diretto da Ronco, Bologna, 2007, p. 42 ss.

<sup>2</sup> Sulla nuova disciplina della recidiva e sulle modifiche in tema di giudizio di bilanciamento, si vedano, fra gli altri, CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, p. 53 ss.; FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1325 ss.; MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, 837 ss.; MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss.; PAVARINI, *The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, 3 ss.; POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2467 ss.; ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, cit., p. 5 ss.; AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, p. 154 ss.; FEELEY, *Le origini e le conseguenze del patto morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 417.

modo eccessivo la discrezionalità del giudice nella commisurazione del trattamento sanzionatorio.

Proprio tale insofferenza indusse ben presto la giurisprudenza di merito e di legittimità a mitigare l'eccessivo rigore dell'art. 69, co. 4, c.p., tanto che le Sezioni unite della Suprema Corte, fermo restando il citato divieto astratto di prevalenza, precisarono come il giudice penale, pur a fronte della rituale contestazione della recidiva reiterata, potesse in ogni caso escluderne in concreto l'applicazione (salvi i limitatissimi casi di recidiva obbligatoria ex art. 99, co. 5, c.p.)<sup>3</sup>, così non solo evitando l'applicazione del severo aumento di pena di cui all'art. 99, co. 4, c.p., ma anche "neutralizzando" la recidiva ad ogni altro effetto, compreso il divieto di prevalenza ex art. 69, co. 4, c.p.<sup>4</sup>

In tal sede, la Suprema Corte aveva modo di motivare il proprio pronunciamento con le seguenti parole: «*La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento*»<sup>5</sup>.

Per queste ragioni, salve le particolari ipotesi di cui all'art. 99, co. 5, c.p., la Corte di Cassazione ribadì la natura facoltativa e discrezionale della recidiva semplice, aggravata e reiterata, tale essendo la soluzione interpretativa, «*oltre che maggiormente aderente al testo della legge, [...] altresì [...] più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria*»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> In merito alla natura tendenzialmente facoltativa (salvi i casi di cui all'art. 99, co. 5, c.p.) della recidiva, anche reiterata, si era chiaramente pronunciata anche la Consulta, con la sentenza Corte cost., n. 192 del 2007, in *Cass. pen.*, 2007, 4037.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 27 maggio 2010, Calibè ed altro, in *Cass. pen.*, 2011, 2094; *Riv. pen.*, 2010, 12, 1239.

<sup>5</sup> Cass., Sez. un., 27 maggio 2010, Calibè ed altro, cit.

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 27 maggio 2010, cit.; così seguitava, peraltro, il Supremo Collegio: «*È dunque compito del giudice, quando la contestazione concerne una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi "obbligatoria" del co. 5), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il rela-*

Una volta esclusa, in concreto, l'applicazione della recidiva reiterata ex art. 99, co. 4, c.p., ciò avrebbe ostato all'applicazione di ogni effetto sostanziale e processuale ricollegabile a siffatta circostanza aggravante, compreso il divieto di prevalenza di cui all'art. 69, co. 4, c.p.; infatti, seguitava il Supremo Consesso, «*la "facoltatività" della recidiva [...] non può atteggiarsi come parziale o "bifasica", nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori, ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto, gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione*<sup>7</sup>.

Certo, però, tali *regulae juris* - pur nel lodevole intento di temperare le incongruenze di una novella quanto mai problematica - avevano un evidente e inevitabile limite: infatti, al fine di escludere il divieto di prevalenza ex art. 69, co. 4, c.p., il giudice avrebbe dovuto comunque rinvenire, nel caso concreto, elementi o circostanze tali da giustificare la "disapplicazione" della recidiva reiterata, pur regolarmente contestata dall'accusa. Qualora, invece, tali circostanze non fossero emerse dal caso concreto, la "scure" del divieto di prevalenza si sarebbe inesorabilmente abbattuta sulla commisurazione sanzionatoria, impedendo la completa neutralizzazione della recidiva reiterata e del suo regime sostanziale e processuale.

---

*tivo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio [...] ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena».*

<sup>7</sup> *Ibidem*. Peraltro, del tutto conformi risultavano anche le considerazioni spese, sul punto, in Corte cost., n. 192 del 2007, in *Cass. pen.*, 2007, 4037, ove la Consulta aveva già osservato: «*Nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è d'altro canto possibile ritenere [...] che venga meno, eo ipso, anche l'«automatismo» oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale. Conformemente, infatti, ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo. Di conseguenza, allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento - soggetto al regime limitativo di cui all'art. 69, co. 4, c.p. - unicamente quando, sulla base dei criteri dianzi ricordati, ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; mentre, in caso contrario, non vi sarà luogo ad alcun giudizio di comparazione: rimanendo con ciò esclusa la censurata elisione automatica delle circostanze attenuanti*».

**2. La sentenza della Consulta n. 251 del 2012 in tema di art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990**

A fronte del summenzionato panorama ermeneutico, il primo rilevante caso nel quale la Consulta si occupò della legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., riguardò - come noto - il divieto di prevalenza dell'attenuante *ex art. 73, co. 5, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 190*, rispetto alla contestata recidiva reiterata<sup>8</sup>.

In verità, all'epoca, sotto altro profilo, già un'importante pronuncia costituzionale<sup>9</sup> aveva caducato la disposizione dell'art. 62-*bis*, co. 2, c.p., nella parte in cui, in determinati casi di recidiva reiterata obbligatoria, impediva al giudice di concedere le attenuanti generiche sulla scorta dei parametri di cui all'art. 133, co. 1, n. 3, e co. 2, c.p.<sup>10</sup>

Nel nuovo caso sollevato dal giudice *a quo*, invece, si poneva il dubbio circa la costituzionalità del divieto di prevalenza di cui all'art. 69, co. 4, c.p., in relazione all'attenuante *ex art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990*.

A tal proposito, aveva osservato l'Autorità remittente, è pur vero che il divieto di prevalenza potrebbe essere neutralizzato dalla "disapplicazione", in concreto, della recidiva; tuttavia, esistono pur sempre «*situazioni in cui, giudicando con onestà intellettuale, la recidiva non può essere esclusa, e tuttavia viene sentito come ingiusto negare la prevalenza di determinate attenuanti*»<sup>11</sup>.

Ciò premesso, a parere del giudice *a quo*, la disposizione dell'art. 69, co. 4, c.p. sarebbe risultata costituzionalmente illegittima, poiché essa, nella misura in cui prevede un "automatismo sanzionatorio", avrebbe violato l'art. 3 Cost. (che impone di trattare in modo diverso situazioni diverse), l'art. 25, co. 2, Cost.

<sup>8</sup> In merito ai differenti "divieti di prevalenza" contenuti nell'art. 1, co. 3, L. 6 febbraio 1980, n. 15 e nell'art. 280, co. 5, c.p., si rinvia alle due importanti pronunzie di rigetto della Consulta: Corte cost., n. 38 del 1985 e Id., n. 194 del 1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1293 ss.; cfr. anche DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, in *Leg. pen.*, 1981, 35 ss.; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 249.

<sup>9</sup> Corte cost., n. 183 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 2359; *Cass. pen.*, 2011, 3707; *Riv. pen.*, 2011, 881.

<sup>10</sup> A tal proposito, si rinvia a CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011*, in questa *Rivista*, 2011, 961 ss.; GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2359; LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti 'indiretti' della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1773 ss.; BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in questa *Rivista*, serie *Gli Speciali*, *La recidiva tra prassi e Costituzione*, 2, 17 ss.

<sup>11</sup> Corte cost., n. 251 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 4043; *Cass. pen.*, 2013, 5, 1745; sul punto, si veda, fra tutti, l'ampio e approfondito commento di CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte Costituzionale?*, in questa *Rivista*, 2013, 219 ss. Cfr. anche BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzionalità: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057; NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755.

(che fonda il nostro “diritto penale del fatto”, laddove invece l’eccessivo “peso sanzionatorio” della recidiva si pone in una deriva verso un incostituzionale “diritto penale dell’autore”), nonché l’art. 27, co. 3, Cost. (che sancisce, *inter alia*, il principio di proporzionalità tra fatto e sanzione, quale corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena).

A fronte di tali considerazioni, la Consulta richiamò il proprio consolidato orientamento, secondo il quale, «*al pari della configurazione delle fattispecie astratte di reato, anche la commisurazione delle sanzioni per ciascuna di esse è materia affidata alla discrezionalità del legislatore, in quanto involge apprezzamenti tipicamente politici. Le scelte legislative sono, pertanto, sindacabili soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione*»<sup>12</sup>.

Ciò posto, la Corte costituzionale ritenne fondata la questione di legittimità con riferimento al parametro dell’art. 3 Cost., ma ciò non già in funzione di considerazioni di carattere generale sull’intero art. 69, co. 4, c.p., bensì valutando le specifiche cornici edittali previste dai co. 1 e 5, art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990, ossia rispettivamente la reclusione da sei a vent’anni e la reclusione da uno a sei anni, cornici che, peraltro, risultano presidiare due nuclei criminologici e di tipicità distinti ed eterogenei.

Pertanto, pur in presenza di una recidiva reiterata, contestata e ritenuta, non sarebbe ragionevole predicare l’automatica applicazione, in ipotesi, di una cornice sanzionatoria (quella del co. 1) che presenta quale minimo edittale proprio il massimo edittale della fattispecie “attenuata” di cui al co. 5 (sei anni di reclusione).

Peraltro, la Consulta evidenziò anche la frizione tra l’art. 69, co. 4, c.p. ed il principio di cui all’art. 25, co. 2, Cost. (c.d. “diritto penale del fatto”), poiché la disposizione *de qua* «*indirizza l’individuazione della pena concreta verso un’abnorme enfattizzazione delle componenti soggettive [rectius “personali” o d’autore: n.d.r.] riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato*».

Infine, il summenzionato divario sanzionatorio tra l’ipotesi delittuosa di cui al co. 1, art. 73 e l’ipotesi attenuata di cui al successivo co. 5 venne, altresì, valo-

---

<sup>12</sup> Corte cost., n. 68 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 892; *Cass. pen.*, 2012, 2384; *Riv. pen.*, 2012, 483; si tratta della sentenza con cui la Consulta dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p., nella parte in cui - a differenza dell’omologa fattispecie di cui all’art. 289-bis c.p. in tema di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (secondo il disposto dell’art. 311 c.p.) - non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell’azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità.

rizzato dalla Corte costituzionale onde individuare l'ulteriore contrasto tra l'art. 69, co. 4., c.p. ed il principio di proporzionalità emergente dall'art. 27, co. 3, Cost.

Anche sul punto, tuttavia, la Consulta non prese posizione, una volta per tutte, sulla disposizione "astratta" contenuta nell'art. 69, co. 4, c.p., ribadendo «*la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale*».

Un tale principio generale, tuttavia, «*non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni, e questo scrutinio nel caso in esame rivela il carattere palesemente sproporzionato del trattamento sanzionatorio determinato dall'innesto della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990*».

In definitiva, assunto un tale approccio "individualizzante", nella citata pronunzia la Corte costituzionale non sarebbe mai potuta pervenire ad una declaratoria di illegittimità conseguenziale (ex art. 27, legge n. 62 del 1953) dell'intero art. 69, co. 4, c.p., tanto che la sent. n. 251 del 2012 è stata correttamente definita quale sentenza di «*illegittimità parziale interpretativa*»<sup>13</sup>.

### **3. La sentenza della Consulta n. 105 del 2014 in tema di ricettazione di particolare tenuità (art. 648, co. 2, c.p.)**

Una volta risolta la questione di costituzionalità relativa al bilanciamento tra la recidiva reiterata e la specifica circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, residuavano - e residuano tutt'oggi - numerose ulteriori ipotesi di possibile frizione tra l'art. 69, co. 4, c.p. e i summenzionati parametri costituzionali.

Si pensi solo, ad esempio, che di recente la Suprema Corte ha espressamente escluso la possibilità che l'attenuante di cui al co. 7, art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990 (relativa alla "collaborazione processuale") venga dichiarata prevalente rispetto alla recidiva reiterata, posto che la sentenza della Consulta n. 251 del 2012 ha riguardato esclusivamente il co. 5 del citato art. 73, e non già altre figure attenuate<sup>14</sup>.

Ciò posto, sulla scia della *quaestio legitimitatis* in tema di stupefacenti, venivano sollevate da altri giudici remittenti due distinte questioni di legittimità costituzionale, relative al divieto di bilanciamento tra la recidiva reiterata e le circo-

<sup>13</sup> CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento*, cit., p. 235.

<sup>14</sup> Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, Iengo, in *Mass. Uff.*, n. 257388.

stanze attenuanti di cui all'art. 648, co. 2, c.p. (ricettazione di particolare tenuità) ed all'art. 609-*bis*, co. 3, c.p. (violenza sessuale di minore gravità).

Quanto alla prima, la Corte d'appello di Ancona aveva deferito alla Consulta la citata questione di costituzionalità, esponendo come, nel caso che la occupava, all'imputato - recidivo reiterato, specifico ed infraquinquennale - fosse contestato l'aver ricettato alcuni capi di abbigliamento contraffatti, condotta che, nella più ampia e complessiva economia dell'art. 648 c.p., presentava, in effetti, profili di particolare tenuità, anche considerati i due differenti nuclei criminologici sottesi al 1° ed al 2° co. di tale disposizione incriminatrice<sup>15</sup>.

Alla luce di ciò, la disposizione dell'art. 69, co. 4, c.p., calata all'interno della specifica fattispecie della ricettazione "lieve", avrebbe contrastato con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 25 e 27 Cost., sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, del "diritto penale del fatto" e del principio di proporzione tra fatto e sanzione (corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena).

In effetti, come già avvenuto in tema di stupefacenti, con la sentenza n. 105 del 2014 qui commentata la Corte costituzionale condivide le doglianze sollevate dal giudice *a quo*, e ciò sostanzialmente per il seguente motivo: considerate le cornici edittali della ricettazione ordinaria (reclusione da due a otto anni, multa da € 516 a € 10.329) e della ricettazione "di particolare tenuità" (reclusione da quindici giorni a sei anni, multa da € 50 a € 516), risulterebbe irragionevole fare "schizzare" la pena base dalla seconda alla prima cornice edittale, per il sol fatto che il soggetto risulti recidivo reiterato. Ciò, infatti, comporterebbe al contempo la violazione del principio di ragionevolezza, di fattualità e di proporzionalità, poiché, a fronte di condotte *ictu oculi* tenui e scarsamente inoffensive, si giungerebbero ad applicare le severe pene di cui al, co. 1, art. 648 c.p. solo in virtù della sussunzione dell'imputato in un determinato tipo d'autore (per l'appunto, il recidivo reiterato), senza che a tale inasprimento sanzionatorio corrisponda un effettivo e adeguato *quid pluris* di offensività fattuale e materiale.

Anche in tal caso, come nella sentenza n. 251 del 2012 in tema di stupefacenti,

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., n. 105 del 2014, in cui la Consulta, riassumendo le doglianze del giudice *a quo*, così precisa: «Le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 648 c.p. rispecchierebbero due situazioni molto diverse dal punto di vista criminologico, in quanto al secondo comma sarebbero riconducibili essenzialmente le condotte del piccolo ricettatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo "sulla strada" l'attività di vendita al minuto di beni di provenienza delittuosa. Sulla base di queste rilevanti peculiarità, il legislatore avrebbe sanzionato la seconda condotta con una pena detentiva che, nel minimo edittale, sarebbe pari ad appena un quarantottesimo della pena prevista per la prima (15 giorni di reclusione a fronte dei due anni di reclusione di cui al co. 1). Questo assetto normativo sarebbe irrazionale».



risulta decisivo il richiamo alla cornice edittale prevista dalla legge, poiché la pena minima di cui al co. 1 (anni due di reclusione), risulta addirittura quarantotto volte più elevata rispetto alla pena minima di cui al co. 2 (giorni quindici di reclusione), il che non può giustificarsi alla luce del solo *status* di recidivo reiterato, posto che l'art. 99, co. 4, c.p., prevedrebbe di per sé un aumento di pena, secondo i casi, "solo" della metà o dei due terzi (ben lungi dalle quarantotto volte menzionate).

Sul punto, osserva la Consulta, *«le differenti comminatorie edittali del primo e del secondo comma dell'art. 648 c. p. rispecchiano le diverse caratteristiche oggettive delle due fattispecie, sul piano dell'offensività e alla luce delle stesse valutazioni del legislatore: il trattamento sanzionatorio, significativamente più mite nel minimo edittale, assicurato al fatto di "particolare tenuità" (la cui configurabilità è riconosciuta dalla giurisprudenza comune solo per le ipotesi di rilevanza criminosa assolutamente modesta, talvolta al limite della contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza), esprime una dimensione offensiva la cui effettiva portata è disconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l'individuazione della pena concreta verso un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato [...]. In altri termini due fatti, quelli previsti dal primo e dal secondo comma dell'art. 648 cod. pen., che lo stesso assetto legislativo riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, determinando la violazione dell'art. 25, co. 2, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale [...].*

*La recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: il principio di offensività 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. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità».*

Quanto alla violazione del principio di proporzionalità tra fatto e sanzione, la Corte costituzionale, dopo avere nuovamente precisato che le scelte di politica criminale circa la cornice edittale più appropriata sono tendenzialmente demandate al solo potere legislativo, ribadisce che residua, comunque, in capo alla Consulta un limitato potere di verifica di costituzionalità, laddove ci si trovi

al cospetto di specifiche e ben definite ipotesi di manifesta sproporzione tra condotta e sanzione penale.

Nel caso in esame, s'èguita la Corte costituzionale, «*il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante dell'art. 648, secondo comma, c.p., impedisce il necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il fatto di "particolare tenuità"*».

Per tal ragioni, si impone la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, co. 2, c.p., sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p.

#### **4. La sentenza della Consulta n. 106 del 2014 in tema di violenza sessuale di minore gravità (art. 609-bis, co. 3, c.p.)**

La seconda questione di costituzionalità<sup>16</sup>, in merito alla legittimità dell'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui sancisce il divieto di prevalenza dell'attenuante ex art. 609-bis, co. 3, c.p., nei casi di ritenuta recidiva reiterata, era stata sollevata dalla Sezione III della Suprema Corte di cassazione.

Giova premettere che, all'esito del giudizio di merito, l'imputato era stato condannato alla pena di anni sei di reclusione (ritenuta l'equivalenza tra la recidiva reiterata e l'attenuante del fatto di "minore gravità"), per avere posto in essere alcune effusioni (toccamenti e baci) nei confronti della moglie non consenziente, dalla quale egli si era separato; e ciò nell'auspicio di una possibile riconciliazione.

Ciò posto, nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* osservava come la nuova fattispecie di cui all'art. 609-bis c.p. sia sorta, con la novella del 1996, a seguito della "riunificazione" delle due distinte ipotesi della congiunzione carnale violenta (art. 519 c.p.) e degli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.); al contempo, l'introduzione, al co. 3, art. 609-bis c.p., di una circostanza attenuante ad effetto speciale per i casi di "minore gravità" avrebbe consentito al legislatore di mantenere, comunque, in qualche modo distinti i due differenti nuclei criminologici, connotati da un ben diverso gradiente di disvalore oggettivo e soggettivo.

Orbene, effettuati i dovuti calcoli ed applicando la riduzione di pena *de qua* nella sua massima estensione, la violenza sessuale "ordinaria" (co. 1) risulta punita con la reclusione da cinque a dieci anni, mentre nei casi di "minore gravità" (co. 2) si potrebbe applicare la reclusione da un anno e otto mesi a tre an-

---

<sup>16</sup> Risolta con sentenza Corte cost., n. 106 del 2014.

ni e quattro mesi, con un tetto massimo notevolmente inferiore al minimo editale di cui al co. 1.

Ulteriore conferma dello *hiatus* intercorrente tra le due ipotesi sarebbe consistita nel fatto che la legge processuale, all'art. 275, co. 3, c.p.p. preveda (*rectius*, prevedesse) la presunzione di proporzione tra custodia cautelare in carcere e fatto commesso, solo per i casi di violenza sessuale *ex art. 609-bis*, co. 1, c.p., e non già per i casi di "minore gravità" di cui al co. 3.

Ciò premesso, a parere del giudice remittente, la disposizione dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui, al cospetto della recidiva reiterata, impedisce di tenere in adeguata considerazione la diminuzione di pena di cui all'art. 609-bis, co. 3, c.p., si sarebbe palesata come costituzionalmente illegittima, poiché vanificherebbe proprio quel "doppio binario" che il legislatore del 1996 approntò, al fine di collocare le due differenti tipologie di violenza sessuale (quella ordinaria e quella di minore gravità) in due distinti "circuiti" sostanziali e processuali. Ciò avrebbe conculcato sia il principio di uguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* (stante la sostanziale parificazione, *de jure condito*, di situazioni eterogenee), sia il principio di rieducazione-proporzione *ex art. 27, co. 3, Cost.*

A fronte di ciò, la Consulta condivide pienamente le valutazioni del giudice *a quo*, *in primis* con riferimento alla "nuova" struttura della violenza sessuale *ex art. 609-bis* c.p., nonché ai due distinti nuclei criminologici sottesi alle ipotesi di cui ai co. 1 e 3 di tale fattispecie incriminatrice.

Per tale motivo, seguita la Corte costituzionale, l'applicazione dell'art. 69, co. 4, c.p., ai casi di violenza sessuale di minore gravità comporterebbe la palese violazione del principio di proporzione tra fatto e pena (corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena *ex art. 27, co. 3, Cost.*), poiché il soggetto, in ipotesi responsabile di semplici palpamenti o tocamenti repentini, vedendosi applicata la sanzione prevista dalla legge per le ben più gravi ipotesi di violenza carnale, avvertirebbe inevitabilmente come ingiusta e sproporzionata la sanzione medesima.

Quanto al secondo parametro di costituzionalità, ossia il principio di uguaglianza-ragionevolezza, la Consulta ritiene che anch'esso sia conculcato dalla vigente disposizione dell'art. 69, co. 4, c.p., nella misura in cui «*fatti anche di minima entità vengono, per effetto del divieto in questione, ad essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 609-bis c.p., per le ipotesi di violenza più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse, sia per le modalità, sia per il danno arrecato alla vittima*».

Per tali ragioni, si impone la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza atte-

nuante di cui all'art. 609-*bis*, co. 3, c.p., sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p.

### 5. Osservazioni conclusive

Al fine di comprendere a fondo la portata delle due sentenze costituzionali qui in commento e, soprattutto, di collocare tali pronunzie nel più ampio alveo del diritto vivente, si rende opportuno porre mente, seppur in breve, al percorso tracciato dalla legislazione vigente, negli ultimi decenni, in tema di bilanciamento di circostanze eterogenee.

Come è noto, la riforma dell'anno 1974<sup>17</sup> comportò l'estensione del bilanciamento *ex art.* 69 c.p. anche alle circostanze ad effetto speciale, indipendenti ed a quelle inerenti alla persona del colpevole.

Come è altrettanto noto, il *casus belli* della novella fu rappresentato da alcune pronunzie di merito in cui, dovendosi applicare l'aggravante dell'art. 625 c.p. a furti pluriaggravati, ma in concreto bagatellari, e non potendosi bilanciare tale aggravante con le eventuali circostanze generiche (art. 62-*bis* c.p.) o del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, n. 4, c.p.), si era giunti all'irrogazione di pene draconiane manifestamente sproporzionate e ingiuste.

A fronte di tale puntuale distonia del sistema, tuttavia, il legislatore non si peritò di mitigare puntualmente le eccessive pene detentive previste dall'art. 625 c.p., ma ritenne di modificare il generale regime di bilanciamento *ex art.* 69 c.p., sottoponendo ad esso, *inter alia*, anche le circostanze ad effetto speciale.

Proprio la riforma dell'anno 1974, nel risolvere, almeno in parte, le incongruenze di un'applicazione irragionevole dell'art. 625 c.p., aprì al contempo uno sconfinato fronte teorico-applicativo: si pensi solo, a titolo meramente esemplificativo, alla possibilità che l'aggravante del patricidio (art. 577, co. 1, n. 1, c.p.), comportante l'applicazione dell'ergastolo, soccomba rispetto alle prevalenti circostanze attenuanti generiche *ex art.* 62-*bis* c.p., con la conseguente possibilità di applicare una pena minima di anni quattordici di reclusione<sup>18</sup>.

Oppure si pensi ancora che, a fronte di un furto pluriaggravato ma attenuato *ex art.* 62-*bis* c.p., il giudice penale può oggi commisurare la pena secondo una amplissima gamma sanzionatoria che va dai quattro mesi di reclusione (pena minima *ex art.* 624 c.p. ridotta di un terzo) ai dieci anni di reclusione (pena

---

<sup>17</sup> Si tratta, in particolare, dell'art. 6, D.L. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in L. 7 giugno 1974, n. 220.

<sup>18</sup> Cfr. RONCO, Sub art. 575 c.p., in *Comm. c.p.*, III, a cura di Ronco, Ardizzone, Romano, Torino, 2009, p. 2470: «La modifica dell'art. 69, statuente i presupposti del bilanciamento, [...] ha obbligato il giudice a effettuare tale giudizio anche quando ricorrano circostanze a effetto speciale, compromettendo l'organicità del sistema, che riservava alle circostanze aggravanti relative all'omicidio doloso una efficacia speciale».

massima *ex art. 625, co. 3, c.p.*), secondo che ritenga la prevalenza, l'equivalenza o la soccombenza delle attenuanti generiche.

In definitiva, l'estensione del bilanciamento alle circostanze indipendenti e ad effetto speciale comportò la devoluzione al giudice penale di un potere ai limiti dell'arbitrio, talvolta scardinando le scelte di politica criminale impresse dal legislatore all'atto della definizione della cornice edittale.

Dopo circa un trentennio di applicazione - talvolta, va riconosciuto, piuttosto disinvolta - del meccanismo di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, il legislatore ebbe un moto di ripulsa e, con una novella che per certi versi appare ingenua, tentò di "ingessare" il meccanismo *de quo*, limitando in taluni casi il prudente apprezzamento del giudice e, nel co. 4, art. 69 c.p., prevedendo il noto "divieto di prevalenza" nei casi di recidiva reiterata *ex art. 99, co. 4, c.p.*

Orbene, innanzi ad una siffatta riforma dell'art. 69 c.p., che pur intendeva porre rimedio ad una precedente novella (quella del 1974), che a sua volta aveva inteso rimediare al rigore draconiano di un anacronistico art. 625 c.p., ci si sarebbe attesi dalla Corte costituzionale un deciso intervento demolitorio, volto ad espungere radicalmente dalla trama del nostro Codice sostanziale una disposizione intrinsecamente irragionevole quale quella dell'art. 69, co. 4, c.p. (in punto di "divieto di prevalenza").

Sennonché, la Consulta sembra avere adottato un approccio di assoluta cautela e "timidezza", evitando di dichiarare *in toto* l'illegittimità della disposizione *de qua* e limitandosi ad "aggredire" alcuni singoli e specifici "combinati disposti" con l'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990 (con la sent. n. 251 del 2012) e con gli artt. 648, co. 2, e 609-*bis*, co. 3, c.p. (con le sent. nn. 105 e 106 del 2014).

Il *leitmotiv* che emerge dalle tre citate sentenze potrebbe essere così riassunto: il "divieto di prevalenza" di cui all'art. 69, co. 4, c.p. non sarebbe *ex se* e in ogni caso illegittimo per contrasto con gli artt. 3, 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost., ma conculcherebbe tali principi solo al cospetto di circostanze attenuanti particolarmente "pregnanti" o "significative".

In particolare, tale pregnanza o significatività - in presenza della quale, come detto, il "divieto di prevalenza" si paleserebbe incostituzionale - è stata sino ad oggi "misurata" dalla Consulta sulla scorta di due direttrici ermeneutiche.

Da un lato, in chiave quantitativa, si è conferita particolare attenzione a quelle circostanze attenuanti la cui cornice edittale comporti una riduzione di pena particolarmente significativa rispetto al reato-base, in particolare confrontando i minimi e i massimi edittali previsti rispettivamente dalla fattispecie 'ordinaria' e da quella "attenuata": proprio il notevole divario "quantitativo" tra le due cornici edittali ha condotto la Corte Costituzionale a ritenere volta per volta irragionevole e sproporzionato il divieto di prevalenza di cui all'art. 69, co. 4, c.p.

Dall'altro lato, in chiave qualitativa, si sono valorizzati i differenti nuclei criminologici sottesi, rispettivamente, ai reati-base e alle corrispondenti fattispecie attenuate, così che:

- in tema di stupefacenti (art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990), il co. 1 sarebbe vocato a sanzionare il vero e proprio "grande trafficante" (il c.d. "pesce grosso"), mentre il co. 5 sarebbe destinato a colpire «*la condotta del piccolo spacciatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo "sulla strada" la più rischiosa attività di vendita al minuto delle sostanze stupefacenti*»<sup>19</sup> (il c.d. "pesce piccolo");

- in tema di ricettazione (art. 648 c.p.), il co. 2 prevedrebbe una cornice edittale assai più mite in favore di quei soggetti che, perlopiù, ricettino determinati beni di modico valore per «*la piccola vendita "di sopravvivenza"*»<sup>20</sup>, mentre il co. 1 sarebbe destinato a colpire le più odiose forme di ricettazione 'professionale' e delinquenziale;

- ed anche in tema di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), il co. 3 riserverebbe un trattamento sanzionatorio più modesto in corrispondenza di quelle condotte che, un tempo, si sarebbero fatte perlopiù rientrare nella figura tenue degli "atti di libine" e che, «*pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse [rispetto alla vera e propria congiunzione carnale: n.d.r.], sia per le modalità, sia per il danno arrecato alla vittima*»<sup>21</sup>.

In definitiva, secondo l'orientamento della Consulta, non tutte le circostanze attenuanti previste dal nostro sistema penale avrebbero il "diritto" di imporsi sulla recidiva, anche reiterata, a dispetto di quanto stabilito dall'art. 69, co. 4, c.p., ma solo quelle attenuanti che comportino una riduzione di pena drastica rispetto all'ipotesi-base e, al contempo, sottendano, per volontà dello stesso legislatore, un nucleo criminologico e di tipicità fortemente eterogeneo rispetto a quello del reato "ordinario".

Ciò, peraltro, rappresenta l'attuazione del più ampio e generale principio, più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, secondo il quale l'impossibilità, per la Consulta, di sindacare le scelte di politica generale sottese alla definizione delle cornici edittali da parte del legislatore «*non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni [aventi] carattere palesemente sproporzionato*».

A fronte di ciò, v'è da chiedersi se il filtro concettuale adottato dalla Consulta al fine di approdare a singole e puntuali dichiarazioni di incostituzionalità - e non

---

<sup>19</sup> Corte cost., n. 251 del 2012, cit.

<sup>20</sup> Corte cost., n. 105 del 2014, cit.

<sup>21</sup> Corte cost., n. 106 del 2014, cit.

già alla caducazione dell'intero art. 69, co. 4, c.p. in punto di divieto di prevalenza - risulti immune da censure, ovvero presti il fianco a possibili critiche teoriche od applicative.

A tal fine, è necessario esaminare partitamente i due "filtri" ermeneutici che la Corte costituzionale ha adottato al fine di stabilire se risulti irragionevole predicare, in relazione ad una determinata circostanza attenuante, il divieto di prevalenza.

Quanto al parametro quantitativo della cornice sanzionatoria, esso presenta senza dubbio profili di spiccata suggestività: probabilmente, venendo ai giudizi *a quibus*, proprio il fatto che la Corte d'appello avesse condannato un uomo, che aveva importunato con alcune effusioni la moglie separata e non consenziente, alla notevole pena di sei anni di reclusione (stante l'impossibilità di applicare l'attenuante *ex art. 609-bis*, co. 3, c.p. in via prevalente rispetto alla contestata recidiva reiterata) indusse la Suprema Corte a deferire alla Consulta la summenzionata questione di costituzionalità; e proprio il divario tra la cornice editale di cui all'art. 609-*bis*, co. 3, c.p. e quella prevista dal precedente co. 1 costituì, senza dubbio, un importante argomento su cui far leva per dichiarare l'illegittimità dell'art. 69, co. 4, c.p. (al pari della "distanza quantitativa" tra il 1° ed il 2° co., art. 648 c.p., ovvero tra il 1° ed il 5° co., art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990).

Tuttavia, alla radice, l'adozione di un siffatto "filtro" quantitativo non convince pienamente.

Se, infatti, ci si fa carico di portare a piena maturazione gli argomenti sapientemente selezionati dalla Corte costituzionale - ossia il rispetto del principio di eguaglianza-ragionevolezza, la fedeltà al diritto penale del "fatto", il principio di proporzione tra fatto e sanzione - ben si possono immaginare altrettante ipotesi in cui il "divieto di prevalenza" si palesi ingiusto e irrazionale, pure al cospetto di una semplice circostanza attenuante ad effetto comune.

Si pensi, ad esempio, al caso di un furto di alcuni ortaggi, in ipotesi compiuto con destrezza, presso il mercato rionale da parte di soggetto recidivo reiterato specifico infraquinquennale. In tal caso, v'è da chiedersi come si pronunzierebbe la Consulta ove venisse interrogata circa la legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui non consente di applicare l'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, n. 4, c.p.), con giudizio di prevalenza sulla recidiva reiterata e sulle concorrenti aggravanti (della destrezza e dell'esposizione alla pubblica fede).

Ove la Corte costituzionale dovesse rimanere fedele al mentovato filtro "quantitativo", probabilmente la citata questione di legittimità non potrebbe essere accolta, poiché la semplice attenuante *ex art. 62*, n. 4, c.p. non comporta un

notevole abbattimento della cornice edittale di cui all'art. 624 c.p. e, dunque, dal punto di vista "quantitativo", non si pone in drastica antitesi rispetto al corrispondente reato-base.

Eppure, non è chi non veda come sia la ricettazione tenue (art. 648, co. 2, c.p.) sia il furto bagatellare (artt. 62, n. 4, e 624 c.p.), condividendo *mutatis mutandis* una medesima caratterizzazione criminologica e di disvalore, esigano un trattamento interpretativo equipollente, così che anche nei confronti del "ladruncolo" (sì come del piccolo ricettatore "per necessità") si paleserebbe irragionevole e sproporzionato applicare il divieto di bilanciamento *ex art.* 69, co. 4, c.p., sebbene, come già detto, la circostanza attenuante da bilanciare non presenti profili di speciale mitigazione sanzionatoria (stante la sua efficacia comune).

Ed ancora: si consideri la circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p., la quale prevede la diminuzione di pena (ma solo fino ad un terzo) per tutti i delitti contro la personalità dello Stato, qualora "il fatto risulti di lieve entità": se si seguisse rigorosamente l'orientamento della Consulta - per il quale il divieto di prevalenza si palesa illegittimo nella misura in cui la circostanza attenuante, che venga in rilievo, preveda una cospicua attenuazione sanzionatoria - dovrebbe escludersi che l'art. 69, co. 4, c.p. risulti illegittimo, nella parte in cui comporti il divieto di prevalenza dell'attenuante *ex art.* 311 c.p., in presenza della recidiva reiterata.

Senonché, al di là del *quantum* di riduzione di pena, è evidente come la *littera* e la *ratio legis* dell'art. 311 c.p. (delitti contro la personalità dello Stato di lieve entità) e quelle dell'art. 648, co. 2, c.p. (ricettazione di particolare tenuità) risultino sostanzialmente sovrapponibili, tanto da meritare il medesimo "filtro di (in)costituzionalità", senza arbitrarie discriminazioni concettuali.

Veniamo, poi, al secondo "filtro" adoperato dalla Consulta al fine di stabilire se sia irragionevole che viga il divieto di bilanciamento in relazione ad una determinata circostanza attenuante, ossia il filtro qualitativo.

Giova rammentare che, nelle summenzionate pronunzie di accoglimento (Corte cost., n. 251 del 2012, n. 105 del 2014 e n. 106 del 2014), la Corte ha dichiarato - seppur in via interpretativa - l'illegittimità parziale dell'art. 69, co. 4, c.p., affermando che le tre specifiche attenuanti di cui alle ordinanze di rimessione (art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990; art. 648, co. 2, c.p.; art. 609-*bis*, co. 3, c.p.) presentino un'autonomia criminologica e tipologica tale da rendere irragionevole una loro parificazione sanzionatoria rispetto alle corrispondenti figure di delitto-base (art. 73, co. 1, d.P.R. n. 309 del 1990; art. 648, co. 1, c.p., art. 609-*bis*, co. 1, c.p.).

A fronte di ciò, il criterio qualitativo avallato dalla Consulta risulta piuttosto



sfuggente, giacché non sembra vi sia concordia di opinioni circa la presunta bipartizione tra circostanze attenuanti dotate di un autonomo nucleo criminologico, e circostanze attenuanti sprovviste del medesimo.

È pur vero che, in relazione alle specifiche figure di reato oggetto delle rimesioni, il giudice costituzionale ha avuto gioco facile nell'individuare la dicotomia tra grande trafficante/piccolo spacciatore, ricettatore professionale/piccolo ricettatore "per necessità", e così via; ma ciò non vuol dire che il *discrimen* criminologico tra fattispecie-base ed ipotesi attenuate sia sempre così univoco ed autoevidente.

Si ponga, ad esempio, il caso che una determinata Autorità *a qua* sollevi innanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., in relazione alla circostanza attenuante di cui all'art. 219, co. 3, l. fall. (relativa ai reati fallimentari cui segua un danno patrimoniale di speciale tenuità): in tal caso, vi sarebbe da chiedersi se la disposizione citata sottenda, rispetto alla fattispecie della bancarotta fraudolenta, un autonomo nucleo criminologico (grande industriale bancarottiere *vs.* piccolo imprenditore sprovvisto), cosa alquanto dubbia e problematica.

Ovvero ancora: si pensi alle circostanze attenuanti di cui all'art. 630, co. 4 e 5, c.p., in tema di "dissociazione" da parte del concorrente nel sequestro di persona a scopo di estorsione. Non v'è dubbio che, ove venisse sollevata la questione di legittimità dell'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza delle attenuanti *de quibus*, in presenza della recidiva reiterata, la questione medesima dovrebbe, a rigore, essere accolta<sup>22</sup>. Eppure, innanzi a siffatte ipotesi attenuatrici, integrate da condotte *post delictum* di dissociazione, potrebbe risultare non così agevole individuare due distinti nuclei criminologici sottesi all'art. 630, co. 1, c.p. ed all'art. 640, co. 4 e 5, c.p., non apparendo percorribile la strada di un dicotomia criminologica tra 'sequestratori pervicaci' *vs.* "sequestratori resipiscenti".

In definitiva, chi scrive ritiene che la disposizione di cui all'art. 69, co. 4, c.p. in tema di divieto di prevalenza al cospetto della recidiva reiterata, risulti intrinsecamente illegittima, e debba essere caducata *in toto*, senza alcuna distinzione tra circostanze attenuanti "di serie A" (ossia particolarmente forti e "pregnanti") e "di serie B", posto che, *in subiecta materia*, ogni automatismo legale, che non consenta al giudice di raccordare il *quantum* di pena agli effettivi profili di disvalore oggettivo e soggettivo del fatto concreto, appare incostituzionale, a pre-

---

<sup>22</sup> Sebbene la Suprema Corte abbia, ad esempio, escluso che la sentenza della Consulta n. 251 del 2012 abbia prodotto un qualche effetto in relazione alla circostanza attenuante della "collaborazione" prevista dall'art. 73, co. 7, d.P.R. n. 309 del 1990, e non abbia, sul punto, sollevato una nuova q.l.c. (Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, Iengo, in *Mass. Uff.*, n. 257388).

scindere dalla natura e dal tipo di circostanza attenuante in ipotesi ricorrente.

Piuttosto, va conclusivamente detto, gli argomenti spesi dalla Corte costituzionale in tutte e tre le sentenze *de quibus* (Corte cost., n. 251 del 2012, n. 105 del 2014 e n. 106 del 2014) costituiscono lo spunto per una più profonda riflessione, che nell'economia del presente commento non potrà essere compiutamente dispiegata ma che, cionondimeno, merita di essere accennata.

Se ben si osserva, il motivo per il quale la Consulta ha ritenuto di dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 69, co. 4, c.p., consiste nel fatto che, al cospetto di determinate circostanze attenuanti ad effetto speciale (*ex art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990; ex art. 648, co. 2, c.p.; ex art. 609-bis, co. 3, c.p.*), non risulta ragionevole ed equo che la relativa diminuzione di pena venga automaticamente "neutralizzata", *juris et de jure*, ad opera della recidiva, seppure reiterata.

Qui, in effetti, riemerge il problema, già sopra menzionato, della generale "bilanciabilità" di tutte le circostanze di reato, comprese quelle indipendenti e ad efficacia speciale.

Si ponga, di nuovo, mente all'*excursus* normativo in tema di bilanciamento di circostanze eterogenee *ex art. 69 c.p.*:

- sino all'anno 1974, risultavano sottratte al bilanciamento le circostanze inerenti alla persona del colpevole, quelle indipendenti e quelle ad effetto speciale (dove i citati problemi applicativi connessi all'eccessiva severità sanzionatoria dell'art. 625 c.p. in tema di furto aggravato o pluriaggravato);

- la riforma del 1974 trovò, quale *ratio* precipua, quella di consentire il bilanciamento anche delle summenzionate circostanze, lungi da automatismi o presunzioni legali;

- il sistema "*post 1974*", tuttavia, condusse ad un'applicazione sin troppo disinvolta e largheggiante del bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, tanto da sollecitare il legislatore ad una nuova novella che, in qualche modo, limitasse *in subiecta materia* l'arbitrio giudiziale;

- proprio la riforma dell'anno 2005, che introdusse alcuni divieti di prevalenza in seno all'art. 69 c.p. (co. 4), aveva la *ratio* di porre rimedio a certe derive applicative eccessivamente "lassiste";

- senonché, la stessa novella del 2005 era destinata a cozzare con i principi costituzionali già sopra ampiamente individuati, tanto da indurre la Consulta alla caducazione parziale dell'art. 69 c.p., siccome modificato nell'anno 2005.

Orbene, al cospetto di un tale brevissimo *excursus*, non è chi non veda come la più evidente fonte dei numerosi problemi concettuali ed applicativi di cui si è parlato risieda proprio nella riforma dell'anno 1974: proprio l'apertura del bilanciamento anche alle circostanze indipendenti e ad effetto speciale condusse agli eccessi applicativi, che poi avrebbero indotto il legislatore ad approntare

alcuni “limiti” al bilanciamento (L. 26 luglio 2005, n. 152), “limiti” che, tuttavia, vennero introdotti in modo estemporaneo e ricorrendo a formulazioni legislative talvolta improprie, tanto da indurre la Consulta ad una loro caducazione parziale.

Se così è, lo studioso odierno è sollecitato a rimeditare circa la fondatezza della riforma del 1974, giacché ove il legislatore non avesse “largheggiato” con la novella del '74, probabilmente la giurisprudenza non avrebbe avuto la possibilità di pervenire proprio a quelle soluzioni applicative “lassiste” che avrebbero, poi, costretto il legislatore alla (maldestra) novella del 2005.

Ed allora, il vero *punctum dolens*, ancora non del tutto sopito, consiste nella controversa estensione del regime di bilanciamento anche alle circostanze indipendenti e ad effetto speciale, estensione che, forse, non si presenta del tutto ragionevole e condivisibile: se, infatti, il legislatore ritiene, in presenza di specifiche situazioni o circostanze, di approntare una cornice edittale radicalmente eterogenea (*in melius* o *in peius*), rispetto a quella prevista per il reato-base - e ciò ridisegnando una nuova cornice edittale o prevedendo un aumento frazionario maggiore di un terzo - una siffatta scelta legislativa dovrebbe essere preservata, essendo espressiva di valutazioni politico-criminali ontologicamente sottratte alla “prudenzialità” giurisdizionale.

Sotto tale profilo, risulterebbe opportuno porre all'ordine del giorno una nuova riforma dell'art. 69, co. 4, c.p., che ponga rimedio a soluzioni applicative eccessivamente distanti rispetto alla *voluntas legis* ma che, al contempo, non presti il fianco alle censure di costituzionalità sopra ampiamente illustrate.

A breve termine, meriterebbe di essere *in toto* espunto il divieto di bilanciamento *ex art. 69, co. 4, c.p.*, il quale risulta - come già dimostrato - contrario agli artt. 3, 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost.

Più a lungo termine, si dovrebbe valutare l'opportunità di reintrodurre una disposizione che sottragga all'ordinario bilanciamento *ex art. 69 c.p.* le circostanze (siano esse aggravanti od attenuanti) indipendenti o ad effetto speciale, al contempo - però - avviando un ripensamento dell'istituto della recidiva, volto ad escludere l'efficacia speciale delle aggravanti *ex art. 99 c.p.*; e ciò anche considerato che la rilevanza *in peius* dei precedenti giudiziari gravanti sul reo è già suscettibile di essere ampiamente valutata ai sensi dell'art. 133, co. 2, n. 2, c.p., in ipotesi consentendo al giudice l'applicazione di una pena prossima al massimo edittale: il che, come sovente, dimostra come il nostro sistema penale già contenga, in sé, un'ampia gamma di “strumenti” idonei a commisurare la sanzione all'effettivo disvalore del fatto, senza la necessità di ricorrere - in via di emergenza o di demagogia - a inediti istituti che, ove introdotti in modo estemporaneo ed affrettato, si espongono ad agevoli censure di incostituzionali-

tà, come chiaramente dimostrato dalle pronunzie qui commentate.

**GABRIELE CIVELLO**