

## Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?

Giovanni Caruso

### 1. Premessa. L'ordinanza di rimessione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 5 novembre 2012, n. 251, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., siccome sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, "*nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, del codice penale*"<sup>1</sup>.

Con l'ordinanza di rimessione<sup>2</sup>, il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Torino lamentava la violazione di diversi parametri costituzionali di riferimento, segnatamente il principio di uguaglianza-ragionevolezza, ex art. 3 Cost., il principio di offensività del fatto-reato, ex art. 25, co. 2, Cost., e il principio di proporzione nel rispetto della finalità rieducativa della pena ex art. 27, co. 3, Cost., siccome rilevante anche in fase commisurativa.

Molto in breve, merita richiamare la vicenda di merito.

Nell'ambito di un giudizio abbreviato, l'imputato era accusato di avere illegalmente detenuto e ceduto 0,40 grammi di cocaina. Inoltre, al medesimo era stata contestata la recidiva reiterata, specifica e infraquinquennale, avendo subito quattro condanne per fatti commessi dall'ottobre del 2006 al febbraio del 2010, relativi a vari episodi di cessione illecita di sostanze stupefacenti.

Dopo avere riepilogato i fatti che avevano condotto all'arresto dell'imputato e rammentato come il reo avesse ammesso l'addebito contestato, il Tribunale di Torino aveva valutato il fatto di detenzione come attenuato ex art. 73, co. 5, d.p.r. 309/1990, in tal senso deponendo il quantitativo della sostanza stupefacente, il prezzo di vendita irrisorio, le modalità della vendita stessa, le caratteristiche dell'acquirente, persona certamente 'non vulnerabile', e dello stesso imputato, persona in difficili condizioni esistenziali, il quale aveva, oltretutto, lealmente ammesso la propria responsabilità.

Nonostante tali plurime indicazioni, il giudice rimettente illustrava adeguatamente come "*la possibilità di escludere discrezionalmente la recidiva*"

<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, in *Guida dir.*, 2012, fasc. n. 48, 1 dicembre 2012, 46 ss.

<sup>2</sup> G.i.p. Tribunale di Torino, ordinanza 24 ottobre 2011, Gazzetta Ufficiale, Serie Speciale, r.o. n. 61 del 2012.

non fosse “*praticabile nel [...] processo*”, essendo le precedenti condanne riportate dall'imputato tutte relative alla disciplina degli stupefacenti, e tutte pronunciate nei cinque anni precedenti rispetto al giudizio *a quo*. Ciò avrebbe comportato che le violazioni, pur di «lieve entità», della disciplina degli stupefacenti sanzionate dall'art. 73, co. 5, d.p.r. 309/1990 con la pena edittale della reclusione da uno a sei anni e della multa da € 3.000,00 a € 26.000,00 si sarebbero dovute comunque punire con la diversa forbice edittale del reato-base, e cioè con la reclusione da sei a ventisei anni e con la multa da € 26.000,00 a € 260.000,00.

Di qui, secondo il Giudice rimettente, l'illegittimità costituzionale della norma censurata, sotto un triplice profilo di scrutinio.

In primo luogo, la norma censurata si sarebbe posta in contrasto col principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), conducendo “*in determinati casi, ad applicare pene identiche a violazioni di rilievo penale enormemente diverso*”. In effetti, proseguiva il rimettente, il recidivo reiterato implicato nel grande traffico di stupefacenti (art. 73, co. 1, d.p.r. 309/1990) al quale fossero state riconosciute le circostanze attenuanti generiche avrebbe subito la stessa pena prevista per il recidivo reiterato autore di uno «spaccio di strada» di minime quantità, al quale fossero state riconosciute le circostanze attenuanti generiche unitamente a quella prevista dal quinto comma dell'art. 73, con la conseguenza che “*l'enorme differenza oggettiva, naturalistica, criminologica delle due condotte viene completamente obliterata in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del loro autore*”<sup>3</sup>.

In secondo luogo, la norma censurata si sarebbe posta in contrasto con il principio di offensività consacrato dall'art. 25, co. 2, Cost., il quale, con il richiamo al «fatto commesso», avrebbe imposto di ascrivere rilievo fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore e non solo in quanto manifestazione sintomatologica di pericolosità sociale, implicando pertanto “*la necessità di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo*”<sup>4</sup>.

In terzo luogo, la norma censurata avrebbe violato “*il principio di proporzionalità della pena (nelle sue due funzioni retributiva e rieducativa)*” sancito dall'art. 27, co. 3, Cost., “*perché una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso da un lato non può correttamente assolvere alla funzione*

---

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

*di ristabilimento della legalità violata, dall'altro non potrà mai essere sentita dal condannato come rieducatrice*", considerando come la condanna a sei anni di reclusione per la cessione di una singola e modesta dose di sostanza stupefacente non potrebbe essere considerata, chiunque ne sia l'autore, una risposta sanzionatoria proporzionata.

## 2. La decisione della Corte costituzionale.

L'intervento della Consulta segue, a distanza di poco più di un anno, il precedente vaglio di costituzionalità della limitazione della discrezionalità giudiziale in tema di concedibilità delle circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato, preveduta dall'art. 62-*bis* c.p.<sup>5</sup>, contribuendo una volta ancora a consolidare quella sorta di 'controriforma' giurisprudenziale sul complessivo impianto edificato dalla riforma *ex lege* 5 dicembre 2005, n. 251.

La Corte, sostanzialmente ratificando le censure mosse dal giudice rimettente, individua e riconosce la sussistenza dei tre profili critici in ordine all'ortodossia costituzionale del contenimento del giudizio di comparazione tra circostanze disciplinate dall'art. 69, co. 4 c.p.

Anzitutto, sul piano del rispetto del principio di uguaglianza-ragionevolezza, la Corte afferma: "*La manifesta irragionevolezza delle conseguenze sul piano sanzionatorio del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al quinto comma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata è resa evidente dall'enorme divaricazione delle cornici editali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base prevista dal primo comma della disposizione citata e dagli effetti determinati dal convergere della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dallo stesso art. 73: nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo previsto dal quinto comma per il fatto di «lieve entità» (sei anni di reclusione) di-*

---

<sup>5</sup> Trattasi di Corte cost., 7 giugno 2011, n. 183, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-*bis*, co. 2, c.p., come sostituito dall'art. 1, co. 1, L. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. *Ex Cirielli*, intitolata «Modifiche al codice penale e alla legge 6 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui stabiliva che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si potesse tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Sul punto, sia consentito il rimando a CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità* (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011), in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, 961 ss.; cfr. anche GATTA G.L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. Cost.*, 2011, 2359; LEO G., *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti 'indiretti' della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1773 ss.; da ultimo, cfr. BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in questa rivista, serie *Gli Speciali. La recidiva tra prassi e Costituzione*, 2012, 17 ss.

*venta il minimo della pena da irrogare; ciò significa che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di «lieve entità» (un anno di reclusione) viene moltiplicato per sei nei confronti del recidivo reiterato, che subisce così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o due terzi»<sup>6</sup>.*

Quindi, prosegue la Consulta, la norma censurata è inconciliabile anche col principio di diritto penale costituzionale di «offensività»: *“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”<sup>7</sup>.*

Infine, la disciplina contestata si pone in contrasto col principio di «proporzione» della sanzione penale, avuto riguardo all'imprescindibile connotato finalistico-rieducativo costituzionalmente imposto dall'art. 27, co. 3 Cost. La Corte, utilizzando passaggi motivazionali tratti da alcuni precedenti in tema di rilevanza della discrezionalità giudiziale nel dosare la risposta punitiva nel rispetto del principio rieducativo, rileva: *“La disciplina censurata, nel precludere la prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, realizza [...] una deroga rispetto a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalistico indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze [...] L'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma,*

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, in *Guida dir.*, cit., 48. Così la Consulta esplicita ancora il vizio d'irragionevolezza: *“la norma censurata dà luogo anche a una violazione del principio d'uguaglianza perché il recidivo reiterato, cui siano riconosciute le attenuanti generiche, autore di un fatto «non lieve» da punire con il minimo edittale della pena stabilita dall'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, riceve lo stesso trattamento sanzionatorio - quest'ultimo irragionevolmente più severo - spettante al recidivo reiterato, cui pure siano riconosciute le attenuanti generiche, ma autore di un fatto di «lieve entità”*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

*cod. pen. sulla diversità delle cornici edittali prefigurate dal primo e dal quinto comma dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, che viene annullata, attribuisce alla risposta punitiva i connotati di 'una pena palesemente sproporzionata' e, dunque, 'inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato'.*

L'analisi della decisione costituzionale consente, ormai a sette anni dall'entrata in vigore della riforma, di rinnovare, in una prospettiva ancora più corale, alcune considerazioni retrospettive sulla complessiva 'tenuta' delle linee di politica criminale ispiratrici della legge 5 dicembre 2005, n. 251<sup>8</sup>, nonché sulle curvature teoriche assunte dal diritto vivente - vuoi costituzionale, vuoi di legittimità - per quanto in particolare concerne la pretesa di vincolare il giudice nel dispiegamento della propria discrezionalità commisurativa.

Il tema si presta a un'indagine condotta lungo due crinali di valutazione giuridica: il primo, posto sul piano dogmatico, attiene alla verifica del grado di 'ortodossia penalistica' che presenta la scelta legislativa di arginare la flessione della risposta punitiva propiziata dalla riforma dell'istituto attuata nel 1974<sup>9</sup>, tradottasi, tra l'altro, nell'inclusione delle circostanze inerenti la perso-

---

<sup>8</sup> Sulla riforma, senza pretesa di esaustività, cfr. AMBROSETTI E.M., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 679 ss.; BATTISTA D., *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 46, 104 ss.; DOLCINI E., *Le due anime della «ex Cirielli»*, in *Corr. Mer.*, 2006, 55; MARINUCCI G., *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per gravi reati e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. Proc.*, 2006, 170; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier n. 1*, 2006, 32 ss.; PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir., Dossier n. 1*, 2006, 62 ss.; SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir., Dossier n. 1*, 2006, 38 ss.; nonché, in una prospettiva più organica e generale, cfr. BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 37-149; CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: «tre colpi e sei fuori»*, in SCALFATI A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 53-96. Circa l'esigenza, per vero unanimemente condivisa dagli studiosi (da tempo la dottrina denunciava la crisi dell'apparato sanzionatorio: cfr. PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.; MONACO L., PALIERO C.E., *Variazioni in tema di 'crisi della sanzione'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 421 ss.; DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55 ss.; PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 510 ss.; NEPPI MODONA G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 315 ss.; MARINUCCI G., *Riforma o collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. Proc.*, 1998, 1063 ss.), di recuperare effettività e certezza all'esecuzione delle pene, mediante la compressione della discrezionalità giudiziale, si veda l'intervento del senatore Luigi Bobbio nella 449ª seduta pomeridiana della Commissione Giustizia del Senato del 3 marzo 2005, in [www.senato.it](http://www.senato.it): "con l'intervento in esame, attraverso l'introduzione di automatismi e limitazioni alla discrezionalità del giudice, si persegue l'obiettivo di recuperare l'efficacia formale della legge nei confronti degli operatori che sarebbero chiamati semplicemente ad applicarla e non ad offrire della medesima lettura del tutto estranee al dettato normativo".

<sup>9</sup> Riforma come noto attuata con d.l. 11 aprile 1974, n. 99 («Provvedimenti urgenti sulla giustizia pena-

na del colpevole - e, per quanto qui interessa, della recidiva - nell'ampliato giudizio di valenza tra circostanze eterogenee<sup>10</sup>; il secondo, posto sul piano specificatamente costituzionale, suggerisce di verificare l'estensione della decisione costituzionale, tanto dal punto di vista delle peculiarità strutturali e tipologiche della specifica pronuncia, quanto dal punto di vista dei parametri e principi normativi di riferimento ai quali la declaratoria d'incostituzionalità si è ispirata.

### 3. La novellata disciplina della recidiva reiterata nel quadro degli orientamenti costituzionali. Il giudizio di bilanciamento sul piano dogmatico

Sotto il primo riguardo, non è inutile muovere dalla caratterizzazione funzionale e dalla configurazione dogmatica del giudizio di valenza nel nostro ordinamento penale. In effetti, se si considerano tali cifre ermeneutiche, sembra che la scelta del legislatore di limitare - o, in certi casi, addirittura escludere - l'operatività del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69, co. 4, c.p. costituisca l'esito di un legittimo esercizio di un'opzione politico-criminale, insuscettibile di essere, in sé, squalificato sul piano della conformità ai principi costituzionali.

Il tema coinvolge il ruolo assunto dalla discrezionalità del giudice in sede di giudizio di valenza, il quale, come non ha omesso di sottolineare attenta e autorevole dottrina<sup>11</sup>, non attiene propriamente al momento di punta-

---

le»), convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220. Sulla riforma del 1974, cfr., anche per ulteriori richiami bibliografici, AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 1-75; PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 23 ss.; STILE A., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. urb.*, 1976-1977, 273 ss.; VASSALLI G., *Concorso fra circostanze eterogenee e 'reati aggravati dall'evento'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 4 ss.; ID., *La riforma penale del 1974: lezioni integrative al corso di diritto penale*, Milano, 1975; per l'individuazione degli effetti della riforma del 1974 sul piano dell'inquadramento dogmatico dell'istituto, cfr. anche PUCETTI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico del codice penale*, vo. 3, *Persone e sanzioni*, Bologna, 2006, 161 ss.

<sup>10</sup> Cfr. D'ASCOLA V., *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale dopo la riforma del 1974*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 984.

<sup>11</sup> Cfr. STILE A., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, il quale aveva condotto, già sul testo originario dell'art. 69 c.p., una riflessione idonea a prevenire i rischi di semplificazione commisurativa sottesi al giudizio di valenza, sostenendo - appunto - come il meccanismo in parola costituisse un momento preliminare dell'attività di determinazione della pena, consistente nella scelta, da parte del giudice, della cornice edittale adeguata ad esprimere "una più intensa caratterizzazione del fatto nei confronti di quelle opposte" (*op. cit.*, 200): le circostanze soccombenti non sarebbero state 'eliminate', ma avrebbero mutato la propria rilevanza, divenendo "elementi di valore ai fini del giudizio di *Strafzumessung*, cioè di determinazione della pena" (*op. cit.*, 147). Sul punto, cfr. PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 214: "In altri termini, prima si doveva optare per una certa cornice edittale fra le tre possibili in astratto (la cornice segnata dalle aggravan-

le concretizzazione e quantificazione della risposta sanzionatoria correlata allo specifico caso vitale oggetto di accertamento, ma a una fase intermedia tra la previsione astratta della forbice edittale e la singolare scelta afflittiva di merito informata ai parametri delle cd. circostanze improprie<sup>12</sup> previste dall'art. 133 c.p.

Detto altrimenti, il modulo di contemperamento e di semplificazione 'attuariale' della sanzione penale disciplinato dall'art. 69, co. 4, c.p. non attiene alla cd. commisurazione in senso stretto, ma alla cd. commisurazione in senso lato<sup>13</sup>: nel giudizio di bilanciamento, la discrezionalità commisurativa si pone quale modalità eminente, ma interlocutoria, di configurazione della 'pena astratta' sulla quale dispiegare la successiva 'individualizzazione' sanzionatoria in senso stretto, in concreto e alla stregua di tutti i criteri enumerati dall'art. 133 c.p.<sup>14</sup>

---

ti, dalle attenuanti, e dall'ipotesi-base), nel suo ambito si doveva quantificare la pena a norma dell'art. 133 c.p., tenendo conto anche di tutti i fattori circostanziali ritenuti non prevalenti, ed infine si dovevano applicare le circostanze eventualmente prevalenti, secondo l'art. 63 c.p.". Per il rilievo assunto dal giudizio di bilanciamento in vista della configurazione di una rinnovata cornice edittale, cfr. anche ROMANO M., in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano<sup>3</sup>, 2004, 709: "l'originaria esclusione delle circostanze inerenti la persona del colpevole e soprattutto l'«elisione» delle circostanze risultanti soccombenti o comunque non prevalenti nel giudizio [...] non sembrano conciliarsi con un'autentica commisurazione". Sul punto, con specifico riferimento alla previsione preclusiva della prevalenza delle circostanze attenuanti nel bilanciamento con la recidiva reiterata di cui al novellato art. 69, co. 4, c.p. oggetto di declaratoria d'incostituzionalità, cfr. ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata 'comune': implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4107-4108: "il rilievo critico decisivo [...] alla tesi che ravvisa la funzione del bilanciamento nella individualizzazione della pena, concerne l'«effetto di elisione» [...] l'unico modo per recuperare la rilevanza delle circostanze ritenute soccombenti od equivalenti sembrerebbe quello di svincolare il giudizio di comparazione dalla fase di irrogazione concreta della pena, attribuendogli la funzione di *ridefinizione della cornice edittale* tra le tre astrattamente possibili".

<sup>12</sup> Per tale denominazione, piuttosto diffusa, cfr. già SANTORO A., *Circostanze del reato (Diritto penale comune)*, in *NN.D.I.*, III, Torino, 1958, 66; PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 190.

<sup>13</sup> Sul presupposto secondo cui il potere discrezionale si articola in tutte quelle possibilità di scelta che la legge consente al giudice penale relativamente alla pena si è soliti distinguere tra commisurazione in senso stretto, concernente la quantificazione della pena base all'interno dei limiti edittali e la scelta della specie di pena in caso di comminatoria alternativa, e commisurazione in senso lato o in senso ampio, ricomprendente tutte le ulteriori e diverse ipotesi di discrezionalità relative alla sfera sanzionatoria, ivi compresa quella dispiegata in sede di bilanciamento; sul punto, cfr., per tutti, ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1990, 285.

<sup>14</sup> Per vero, come si è visto, tale interpretazione si sarebbe lasciata preferire per ragioni sistematiche e concettuali, che avrebbero allontanato il significato del giudizio di bilanciamento rispetto al presumibile intendimento del legislatore storico, sebbene riferibile a una disciplina molto più limitata rispetto a quella che, come noto, sarebbe poi stata introdotta nel 1974. In proposito, secondo la *Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale*, I, Roma, 1929, 123, il giudizio *ex art. 69, co. 4, c.p.* avrebbe dovuto assicurare "una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in

Proprio tale caratterizzazione astratta, d'altra parte, avrebbe consentito al legislatore di intervenire nel corso del tempo sulla disciplina del bilanciamento, ampliandone o contenendone le potenzialità attuative a seconda delle mutevoli esigenze della politica criminale, troppo spesso cadenzate da logiche emergenziali, securitarie o di assicurazione della collettività, da un lato, o da *escamotage* perequativi del rigore sanzionatorio del codice Rocco, dall'altro.

In proposito, la politica criminale ha seguito un'escursione pendolare. È nota, infatti, l'esigenza che aveva indotto il legislatore del 1974 a incrementare l'ambito operativo del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, includendovi - non senza incrociare, talvolta, critiche anche veementi<sup>15</sup> - quelle a effetto speciale e inerenti la persona del colpevole, e cioè il fine di proporzionare, senza necessità di intervenire sulla parte speciale del codice, i livelli sanzionatori, in tal modo affidando all'intervento del giudice il compito di attenuare i rigidi limiti edittali del codice del 1930. Ma sempre sullo stesso istituto il legislatore sarebbe intervenuto per corrispondere anche alle opposte esigenze di aggravamento della stretta punitiva, in termini emergenziali di prevenzione generale e difesa sociale correlate a gravi episodi e forme di criminalità, sì da sottrarre ai giudici il potere loro concesso dalla riforma del 1974 nella prospettiva di "salvaguardare i limiti edittali normativamente prescritti" per delitti di sicuro allarme sociale<sup>16</sup>.

Sotto tale ultimo riguardo, è noto come, sul finire degli anni '70 e fino agli inizi degli anni '90 del secolo scorso, sull'onda emozionale di gravi emergenze in tema di sicurezza sociale e ordine pubblico, furono introdotte plurime deroghe alla regola dell'obbligatorietà e unitarietà del giudizio di bilanciamento in parte analoghe a quella prevista dall'art. 69, co. 4 con riferimento

---

*modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche".*

<sup>15</sup> Per alcune delle quali, cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 710, nonché PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., 193: "il codice Rocco si preoccupava di salvaguardare l'indefettibile rilevanza della nuova cornice edittale prevista per la circostanza autonoma, sottraendola al giudizio di comparazione (art. 69, co. 4, c.p., nel testo originario), ed assimilandola così a quella di una fattispecie speciale di reato [...] La riforma del 1974 ha eliminato questa esclusione, riunificando sotto questo profilo la rilevanza delle diverse circostanze. Ma, erigendo la nuova disciplina sulle storture originarie, accade ora che anche le ipotesi in cui la circostanza autonoma si riferisce ad un profilo qualitativamente diverso dall'offesa o concerne un'offesa diversa, possano essere in concreto vanificate: attraverso il giudizio di equivalenza o di prevalenza si è finito con l'introdurre una sorta di surrettizia causa di non punibilità per offese autonomamente rilevanti sol perché accidentalmente configurate come circostanze".

<sup>16</sup> Cfr. PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., 213.

alla recidiva reiterata oggetto di controllo di costituzionalità<sup>17</sup>. Altrettanto noto è che le opzioni ermeneutiche si fossero adeguate a una lettura costituzionalmente orientata delle limitazioni al giudizio di bilanciamento, secondo una cifra applicativa che, consentendo di valorizzare comunque la presenza di eventuali circostanze attenuanti, si rivelasse rispettosa del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Sul tema si sarebbe infine imposto l'orientamento interpretativo in ragione del quale, attraverso tali disposizioni delimitative, il legislatore aveva inteso demandare al giudice, il quale avesse ritenuto necessario valorizzare le circostanze attenuanti, il compito di svolgere, in luogo dell'unitario e globale bilanciamento, una serie di distinte e successive applicazioni di tutte le circostanze eterogenee, ai sensi dell'art. 63, co. 3, c.p.<sup>18</sup> Proprio in tal senso si sarebbe infine caratterizzata la soluzione ratificata dalla Consulta<sup>19</sup>, investita del tema costituzionale, nonché le successive riforme delimitative del giudizio di valenza<sup>20</sup>.

In definitiva, almeno sul piano del giudizio di congruità dogmatica, la diversa configurazione legislativa del giudizio di bilanciamento in tema di recidiva reiterata, attuata mediante l'apposizione di specifici limiti al potere di-

---

<sup>17</sup> Per uno schematico panorama degli interventi legislativi che, nel corso degli ultimi trent'anni, hanno limitato il dispiegamento del giudizio di bilanciamento, cfr. ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata 'comune': implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, cit., 4102 ss.

<sup>18</sup> Così GALLO E., MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 268.

<sup>19</sup> Dapprima con la sentenza interpretativa di rigetto n. 38 del 1985, dichiarativa dell'infondatezza della questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 1, co. 3, della l. n. 15 del 1980, in relazione all'art. 3, co. 1, Cost., nel senso che la disciplina derogatoria, correttamente interpretata, non avrebbe escluso in radice la possibilità di applicare le diminuzioni di pena, limitandosi solo a lasciare al giudice la predetta scelta: nel caso in cui questi discrezionalmente avesse deciso per la non prevalenza delle aggravanti, le diminuzioni di pena per le attenuanti non soccombenti si sarebbero dovute calcolare sulla sanzione risultante dagli aumenti già previamente operati per la suddetta aggravante ad effetto speciale, secondo il regime di cumulo previsto dall'art. 63, co. 3, c.p., recante la disciplina del concorso omogeneo di circostanze. Quindi, una prospettazione analoga veniva replicata anche dalla sentenza interpretativa di rigetto n. 194 del 1985, con riferimento alla previsione di cui all'art. 280, co. 5, c.p., con la quale il legislatore analogamente aveva inteso limitare il giudizio di comparazione tra le attenuanti eventualmente concesse e le aggravanti delle lesioni gravi o gravissime o della morte, delineate dallo stesso art. 280, senza che ciò importasse una sicura esclusione dell'operatività delle attenuanti sulla pena, stabilità però precedentemente in maniera indipendente per il delitto aggravato (cfr. Corte cost., 7 febbraio 1985, n. 38 e Corte cost., 28 giugno 1985, n. 194, entrambe pubblicate in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1293 ss.). In senso adesivo all'interpretazione della Consulta, cfr. PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, cit., 249; in senso invece critico, cfr. DE FRANCESCO G., *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, in *Legislaz. pen.*, 1981, 35 ss.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. da ultimo PECCIOLI A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, spec. Cap. I.

screzionale del giudice in vista dell'opera di commisurazione in senso lato in cui consiste il vaglio di reciproca resistenza delle circostanze eterogenee cui tende l'istituto di cui all'art. 69, co. 4, c.p., non appare in sé censurabile, né sconosciuto al nostro ordinamento.

Con terminologia icastica, ancorché semplificatoria, si potrebbe dire che il tema assume risalto 'quantitativo' (fino a che limite si può legittimamente neutralizzare il bilanciamento?), non 'qualitativo' (si può limitare il bilanciamento?).

Soprattutto sul piano del diritto penale costituzionale.

#### 4. Il giudizio di bilanciamento sul piano costituzionale

La sentenza costituzionale è già stata entusiasticamente accolta dai primi commentatori, nonché definita come "illuminata e coraggiosa"<sup>21</sup>.

Senonché, accostando l'esame della decisione costituzionale alla luce delle argomentazioni sinora svolte, appare metodologicamente opportuno muovere dal significato e dalla funzione che la Corte ascrive al giudizio di comparazione tra le circostanze.

Proprio in relazione al significato annesso alla funzione dogmatica del giudizio di bilanciamento, infatti, sembra che la sentenza costituzionale sconti una parziale ambiguità di fondo.

Per un verso, infatti, attraverso la citazione di taluni passaggi motivazionali tratti da importanti precedenti, mostra di aderire alla tesi secondo cui l'istituto del bilanciamento corrisponderebbe alle esigenze della individualizzazione della risposta sanzionatoria conclusivamente irrogata al reo in carne ed ossa, assecondando una nozione 'forte' del giudizio di valenza tale da inscrivere nell'ambito della cd. commisurazione in senso stretto. In tale prospettiva, la Consulta afferma: "Come è stato sottolineato da questa Corte, il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee consente 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)"<sup>22</sup>.

Per altro verso, invece, dimostra di collocare l'istituto di cui all'art. 69, co. 4, c.p. nell'ambito della cd. commisurazione in senso lato, quale meccanismo

---

<sup>21</sup> Cfr. AMATO G., *Dopo l'interpretazione dei giudici di legittimità inizia a «sgretolarsi» l'impianto della ex Cirielli*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 48, 50.

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, cit., 48.

di solo progressivo ‘avvicinamento’ del giudice verso la conclusiva individuazione della singolare risposta punitiva, contrassegnandone quindi la funzione nell’interlocutoria fissazione di una rinnovata cornice edittale all’interno della quale operare la definitiva scelta commisurativa *ex art. 133 c.p.* Sembra di doversi leggere in tale senso, dogmaticamente apprezzabile, il seguente passaggio motivazionale: “Nell’attuale formulazione, l’art. 69, co. 4 cod. pen. costituisce il punto di arrivo di un’evoluzione legislativa dei criteri di bilanciamento iniziata con l’art. 6 del decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99 [...] convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 220, che ha esteso il giudizio di comparazione alle circostanze autonome o indipendenti e a quelle inerenti alla persona del colpevole. L’effetto è stato quello di consentire il riequilibrio di alcuni eccessi di penalizzazione, ma *anche quello di rendere modificabili, attraverso il giudizio di comparazione, le cornici edittali di alcune ipotesi circostanziali, di aggravamento o di attenuazione, sostanzialmente diverse dai reati base*”<sup>23</sup>.

A nostro giudizio, le conseguenze delle due diverse opzioni ermeneutiche - impropriamente accomunate in sentenza - giocoforza avrebbero dovuto condurre a contrapposte conclusioni sul piano del sindacato costituzionale.

#### **4.1. Implicazioni costituzionali del giudizio di bilanciamento come istituto della cd. commisurazione in senso stretto**

A nostro giudizio, la prima opzione interpretativa, in forza della quale il bilanciamento tra circostanze eterogenee costituirebbe un istituto di piena esplicazione della discrezionalità commisurativa, esigerebbe una piena e incondizionata copertura costituzionale, tale da rendere incompatibile con diversi principi della Carta Fondamentale la scelta legislativa di limitarne o, addirittura, escluderne l’attuazione.

Come si è avuto modo di sottolineare in relazione al diverso istituto delle circostanze attenuanti generiche<sup>24</sup>, riteniamo infatti che la discrezionalità commisurativa ‘in senso stretto’ del giudice penale non possa essere neutralizzata dal legislatore senza provocare importanti ‘frizioni’ di indole costituzionale.

Sotto tale riguardo, le ragioni per le quali il principio di discrezionalità commisurativa nel diritto penale assume rilevanza costituzionale sono a nostro giudizio plurime ed evidenti. I principi ai quali va riportata la discreziona-

---

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, in *Guida al dir.*, cit., 47.

<sup>24</sup> In proposito, sia consentito il rinvio a CARUSO G., *Recidiva riformata*, cit., spec. 974-981.

lità penale, e il potere-dovere di connotazione giudiziale<sup>25</sup> in cui essa sostanzialmente consiste, sono quelli espressi dall'art. 3 e 27, co. 1, della Carta Fondamentale. E cioè il principio di uguaglianza e personalità della responsabilità penale, prima ancora di quello relativo alla tensione rieducativa della pena previsto dall'art. 27, co. 3 Cost.

In primo luogo, il principio di uguaglianza, poiché l'astrattezza classificatoria del 'fatto tipico', ove non coniugata alle specificità singolari del fatto storico *sub iudice*, condurrebbe a omologare, in violazione del principio di parità di trattamento, casi 'connotativamente' diversi. È evidente, infatti, che, quasi al modo di un corollario costituzionale, il legame della discrezionalità penale al principio di uguaglianza debba cogliersi, da un lato, sotto forma di 'ragionevolezza' nel trattamento dei 'distinti', e, dall'altro lato, sul piano della norma generale e astratta. D'altra parte, è altrettanto evidente che il principio di uguaglianza opera in modo speculare a seconda che esso sia impiegato per modellare il precetto, sia esso comando o divieto, o per individuare il trattamento giuridico conseguente alla commissione e all'accertamento del fatto inosservante: nel primo caso, ragioni logiche e storico-giuridiche hanno suggerito la traduzione dell'uguaglianza nell'astrattezza e generalità della norma incriminatrice<sup>26</sup>; nel secondo caso, viceversa, la violazione effettuale del precetto, in cui si racchiude l'unitario 'dover essere' comportamentale, non può certamente essere identica per tutti coloro che abbiano trasgredito la legge, caratterizzandosi in modo irripetibile per ogni singolo episodio criminoso e per ogni singolo reo. Conseguentemente, l'uguaglianza si traduce, per il giudice, nell'esigenza di valorizzare adeguatamente il 'distinto', di contro alla valorizzazione dell'"indistinto" contrassegnante l'opera che il legislatore pone in essere nel sagomare la tipicità classificatoria penale.

In secondo luogo, il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1, Cost., la cui valorizzazione è stata oggetto di una progressiva attenzione costituzionale nel corso degli anni.

A nostro giudizio, tale progressiva attenzione è suscettibile di una partizione logico-diacronica in tre fasi: dal divieto di responsabilità per fatto altrui fino al divieto di responsabilità oggettiva; dal divieto di responsabilità oggettiva

---

<sup>25</sup> Per il senso in cui va inteso il potere di connotazione giudiziale, cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 94 ss.

<sup>26</sup> Se, sul piano logico, il comando, inteso quale indicazione comportamentale, rivolta al futuro e dettata nell'interesse dell'intero ordinamento, può essere solo rispettato o violato, senza *nuances* intensionali, sul piano storico-giuridico la pretesa illuministica di enucleare la figura del soggetto unico di diritto avrebbe imposto la traduzione dell'uguaglianza stessa nell'astrattezza e nella generalità del precetto.

all'affermazione concettuale della colpevolezza normativa; dall'affermazione della colpevolezza normativa all'inclusione dell'esigenza della massima personalizzazione della risposta sanzionatoria.

Già l'esame puntuale dei lavori preparatori in ordine alla formulazione dell'art. 27, co. 1, Cost. dimostra come i costituenti non fossero solo animati dall'intendimento di escludere possibili ipotesi di responsabilità per fatto altrui, ma avessero preteso, affinché potesse legittimamente predicarsi la responsabilità penale, oltre l'esistenza dell'elemento materiale, anche un requisito soggettivo, idoneo a istituire il collegamento della persona del reo con l'evento costitutivo del reato<sup>27</sup>.

D'altra parte, è altrettanto noto come la storica sentenza costituzionale n. 364 del 1988, stagliando concettualmente i significati della colpevolezza normativa in termini di rimproverabilità soggettiva per il fatto commesso, avesse contribuito a innervare ulteriormente di senso il principio costituzionale, ben oltre il giudizio d'incostituzionalità delle residue ipotesi di responsabilità oggettiva e oltre la pretesa sussistenza degli ingredienti psichici del dolo o della colpa<sup>28</sup>.

Infine, si scorge anche tra le prese di posizione più apprezzabili della Corte costituzionale un'ultima declinazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, quasi una terza specificazione direttamente raccordata alla dimensione conoscitiva e pratico-dispositiva della discrezionalità del giudice penale. In tale prospettiva, il principio di personalità di cui all'art. 27, co. 1, Cost. scorre dal piano costituzionale e dogmatico a quello epistemologico-giudiziario, all'esito di un itinerario che ne collochi il senso più intimo e profondo nel riconoscimento del potere discrezionale-commisurativo del giudice, quale strumento di specifica apprensione intellettuale e pratica delle ragioni tutte del punire e del graduare la risposta sanzionatoria *in corpore vili*, nell'insopprimibile esigenza di rendere pienamente individualizzato e autenticamente personale il rimprovero sanzionato in capo

---

<sup>27</sup> Sui lavori preparatori in seno all'Assemblea Costituente a riguardo dell'art. 27, co. 1, Cost., cfr., per tutti, ALESSANDRI A., *Commento sub art. 27, co. 1, Cost.*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, spec. 1-31.

<sup>28</sup> Sul processo di autonomizzazione dogmatica della colpevolezza implicata dalla pronuncia costituzionale, cfr. PALAZZO F.C., *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 128: «dal punto di vista sistematico, si può dire che la colpevolezza ha subito un progressivo processo di «autonomizzazione» dal dolo e dalla colpa nella misura in cui essa è venuta consolidandosi come categoria dogmatica attorno alla quale ordinare, a parte l'imputabilità come suo presupposto, principalmente proprio il requisito della conoscenza-conoscibilità dell'antigiuridicità».

al singolo autore<sup>29</sup>.

#### **4.2. Implicazioni costituzionali del giudizio di bilanciamento come istituto della cd. commisurazione in senso lato**

Se, viceversa, si recepisce - a nostro giudizio correttamente - il secondo inquadramento dogmatico, secondo il quale il giudizio di bilanciamento esprime una fissazione ancora astratta, ancorché interlocutoria, della cornice di pena da parte del giudice, occorre riconoscere il pregio della soluzione offerta dalla Corte costituzionale.

In effetti, se si muove dal corretto presupposto dogmatico in precedenza argomentato, si deve desumere come il giudizio di costituzionalità in esame non differisca, sul piano 'tipologico', da un qualsiasi altro controllo circa la congruità costituzionale della risposta sanzionatoria predisposta dal legislatore attraverso la previsione della forbice di pena racchiusa tra limite minimo e massimo della cornice edittale.

Sotto tale riguardo, la sentenza appare 'coraggiosa', ove si consideri la 'timidezza' solitamente caratterizzante il vaglio di legittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria nel nostro ordinamento. È infatti noto il grado di precauzione e *self-restraint* usato dalla Consulta nel cimentarsi col giudizio di adeguatezza delle scelte sanzionatorie del legislatore penale, quasi sempre ritenute insindacabili, vuoi perché implicanti valutazioni di merito legislativo sottratte alla verifica di costituzionalità, vuoi perché, anche laddove censurabili sul piano della compatibilità costituzionale, non integrabili autonomamente dalle diverse valutazioni del Giudice delle Leggi.

Tale accostamento prudente al tema sanzionatorio spiega, da un lato, come siano state sinora davvero isolate - ancorché, forse, 'coraggiose' - le declaratorie d'incostituzionalità concernenti le scelte sanzionatorie del legislatore.

---

<sup>29</sup> Merita rammentare, a proposito dell'illegittimità costituzionale delle pene fisse, la sentenza costituzionale n. 50 del 1980, nella quale la Corte, pur non pervenendo alla declaratoria d'incostituzionalità, affermava: "L'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile 'personale' la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile 'finalizzata', nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, 'proporzione' della pena rispetto alle 'personali' responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale"; sul punto, cfr. PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 726 ss.

re, e, dall'altro, come il parametro costituzionale di riferimento sia stato monopolizzato dal principio di uguaglianza-ragionevolezza, l'unico in grado, attraverso il raccordo a un *tertium comparationis* caratterizzato da un'*eadem ratio*, di garantire la 'sostituzione' della disciplina censurata con altra già 'immanente' all'ordinamento, così consentendo di evitare illegittime ingerenze di merito da parte della Consulta<sup>30</sup>.

Come è stato bene osservato, l'estrema cautela adottata dalla Corte in materia di sindacato sulla misura delle sanzioni dipende "dalla difficoltà di razionalizzare il passaggio dal piano qualitativo delle valutazioni sull'*an* e sull'ampiezza della tutela al piano quantitativo della misura della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela": assumendo che "il giudizio di proporzione sulla misura della pena è un giudizio per forza di cose relativo e non già assoluto", l'utilizzo del *tertium comparationis* dovrebbe valere a conferire all'accertamento quel "carattere «endo-normativo»", addirittura "«endo-ordinamentale»", in grado di conferirgli sufficiente oggettività. Tanto che "ciò significa anche la conseguente impossibilità di uscire dalla logica sanzionatoria che ha presieduto alla 'dosimetria' legislativa di un determinato ordinamento: il che può diventare particolarmente indesiderabile quando si tratta di sistemi sanzionatori molto risalenti nel tempo o ispirati a ideologie di repressivismo autoritario o addirittura di terrorismo sanzionatorio"<sup>31</sup>.

Il problema non può certo essere affrontato in questa sede nella sua globale complessità. Ai nostri fini è sufficiente mettere in evidenza come se, da un

---

<sup>30</sup> Sia sufficiente riflettere, a proposito della cautela utilizzata dalla Corte per sanzionare l'incostituzionalità della disciplina sanzionatoria, alla questione di legittimità della cornice edittale del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, recentemente risolto (cfr. Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68) con la declaratoria d'illegittimità costituzionale "dell'art. 630 c.p., nella parte in cui 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, essendo manifestamente irrazionale, in rapporto al sequestro a scopo di estorsione, la mancata previsione di una circostanza attenuante analoga a quella applicabile alla fattispecie 'gemella' del sequestro terroristico o eversivo (art. 270 *bis* c.p.)". La durezza del trattamento sanzionatorio stabilito dall'art. 630, comma 1, c.p. aveva dato causa, negli ultimi anni, a due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, entrambe attinenti a fatti concreti analoghi a quello dal quale trae origine la sentenza n. 68 del 23 marzo 2012, ritenute inammissibili dalla Corte per ragioni relative alla scorretta individuazione del *tertium comparationis*; sul punto, cfr. SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8-, 2012, 2393 ss.

<sup>31</sup> Così PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 71 ss. Sul tema cfr. pure CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 136 ss. e 151 ss.

lato, la Corte costituzionale tende a inscrivere ragionevolezza e proporzionalità delle risposte sanzionatorie allestite dal legislatore penale nell'ambito delle singole cornici edittali nel quadro dei principi costituzionali di offensività, proporzionalità, personalità della responsabilità penale e rieducazione - rilevanti ai sensi dei canoni costituzionali di cui agli artt. 25, co. 2, 27 co. 1 e 3 Cost. -, dall'altro tale affermazione di principio si è troppo spesso disvelata come un *telum imbelles sine ictu*, traducendosi in formali declaratorie d'illegittimità solo per la violazione del principio di cui all'art. 3 Cost., in termini di irragionevolezza del trattamento diseguale rispetto a discipline sanzionatorie riservate a situazioni normative affini<sup>32</sup>. Una ragione in più per ritenere in effetti 'coraggiosa' la decisione costituzionale in commento.

Ci si potrebbe chiedere se una scelta ancora 'più coraggiosa' - dopo le pur pregevolmente motivate esitazioni, dimostrate 'temporeggiando' nell'attesa che sul carattere facoltativo della recidiva reiterata si formasse un consolidamento in termini di 'diritto vivente'<sup>33</sup> - avrebbe potuto indurre la Corte a sce-

---

<sup>32</sup> Per una condivisibile critica al predetto *self-restraint* della Consulta, cfr. SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, cit., 2393 ss.: "Solo vale la pena di osservare come l'art. 27, commi 1 e 3, Cost. offra un'indicazione sui caratteri e sulle finalità della sanzione penale che, pur nella sua vaghezza, non può certamente essere violata dal legislatore nella determinazione dei limiti edittali della pena. Tra il relativismo che, caratterizzando il metodo del *tertium comparationis*, si riflette sul principio di proporzionalità e l'inaffidabilità di un generale potere di sindacato sulle scelte sanzionatorie, destinato a incrociarsi con i limiti stabiliti dall'art. 28 l. 11 marzo 1953, n. 87, in realtà sussiste uno spazio intermedio concernente le cornici edittali che, come nell'art. 630, comma 1, c.p., con manifesta evidenza non consentono la formulazione di un giudizio di responsabilità realmente adeguato alla colpevolezza del reo, a causa della eccessiva severità del limite minimo e della sua prossimità al limite massimo, così precludendo alla pena la sua funzione 'rieducativa' [...] Non è dunque necessario individuare *tertium comparationis* né appare inevitabile trincerarsi - come di sfuggita rileva la Corte costituzionale anche nell'ordinanza n. 163 del 2007 - dietro l'inaffidabilità di una 'mera critica a scelte legislative discrezionali di politica criminale', poiché qui è in gioco l'operatività dell'art. 27, commi 1 e 3, Cost. rispetto a cornici di pena edittale piegate a esigenze di prevenzione generale e talmente ravvicinate tra i limiti minimi e massimi da impedire una seria individualizzazione della pena".

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, 1842 ss., con nota di BERNASCONI C., *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*. Come noto, la questione di legittimità era stata posta in ordine alla blindatura del bilanciamento di cui all'art. 69, co. 4, c.p. Senonché, la Corte non la affronta direttamente, ma nei suoi presupposti applicativi, muovendo dal rilievo che i giudici rimettenti avevano interpretato come obbligatoria l'ipotesi prevista dall'art. 99, co. 4, c.p.: l'idea che la blindatura del bilanciamento neutralizzerebbe la diminuzione di pena connessa alle circostanze attenuanti concorrenti, indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche di queste ultime, "poggia sul presupposto che la recidiva reiterata sia diventata obbligatoria e non possa essere, dunque, discrezionalmente esclusa dal giudice"; ma "quella che i remittenti danno per scontata non rappresenta l'unica lettura astrattamente possibile". Infatti, "la nuova formula normativa potrebbe essere letta anche nel diverso senso che l'indicativo presente «è» si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata [...] lasciando viceversa

gliere una tipologia di pronuncia diversa da quella nello specifico prescelta. La quale si caratterizza come sentenza di “illegittimità parziale interpretativa”, non “testuale”<sup>34</sup>, applicandosi a una specifica ‘norma endotestuale’ e non alla ‘disposizione normativa’, non potendosi estendere anche alle residue ipotesi di circostanze attenuanti - comuni, autonome, indipendenti, ad effetto speciale, *etc.* -, e non evitando in tal modo la non imprevedibile deduzione di ulteriori questioni di analogo tenore, volte a censurare *tout court* la ‘blindatura’ del bilanciamento<sup>35</sup>.

Va detto, tuttavia, che a una soluzione di più ampio respiro si sarebbero comunque opposti due ostacoli rilevanti, l’uno di carattere procedurale, l’altro relativo al merito della specifica questione dedotta.

Per quanto concerne il primo, di carattere procedurale, non si può soprassedere sul perimetro della specifica questione dedotta dal giudice rimettente, il quale, secondo una consolidata prassi applicativa, delimita rigorosamente la portata della decisione della Corte. Nel caso di specie, non solo il giudice rimettente aveva esclusivamente dedotto la questione d’illegittimità relativa al bilanciamento rilevante nel giudizio *a quo*, e cioè quello tra la recidiva reiterata e l’attenuante di cui all’art. 73, co. 5. D.P.R. n. 309 del 1990, ma aveva addirittura espressamente e motivatamente confinato la censura nei predetti limiti: “la questione si appunta sulla sola circostanza attenuante specificamente indicata, senza carattere di generalità, perché in altri casi il divieto può trovare

---

inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l’aumento stesso”. Come noto, il diritto vivente consolidatosi si sarebbe poi assestato nel ritenere la persistente natura facoltativa della recidiva reiterata, per la quale cfr. Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010 (dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, ric. Calibè, 35738, in *Guida dir.*, 2010, 44, 94.

<sup>34</sup> Cfr. CORTE COSTITUZIONALE-SERVIZIO STUDI, *La prassi del controllo di costituzionalità nell’attualità: tipologia delle decisioni di ‘merito’ nei giudizi sulle leggi*, Incontro di lavoro con il Supremo Tribunale Costituzionale (Brasilia, 17 marzo 2008), 12: “Le sentenze di illegittimità parziale testuale dichiarano l’illegittimità costituzionale di una disposizione ‘limitatamente alle parole’ [...] espressamente individuate e riportate tra virgolette che enunciano la norma costituzionalmente incompatibile. L’eliminazione della quale avviene dunque attraverso la riduzione del *testo della disposizione*, che sopravvive (ma) priva della parte (del segmento) in cui è veicolata la *norma* incostituzionale. La concreta praticabilità di questo tipo di pronunce - più o meno vantaggiose in termini di certezza del diritto - dipende dalla possibilità di dividere il testo in modo da escludere la sola norma incostituzionale [...] Le sentenze di illegittimità parziale interpretativa sono caratterizzate dalla dichiarazione di incostituzionalità della disposizione ‘nella parte in cui prevede’ un certo contenuto normativo (o da formule equivalenti: ‘nella parte in cui si riferisce’ a certe fattispecie). Esse lasciano inalterata la disposizione, ma ne riducono i contenuti normativi o l’ambito di applicazione. Viene cioè ad essere caducata una delle norme (non alternative) di cui quella disposizione era veicolo, senza incidere sull’applicabilità delle altre”.

<sup>35</sup> Sul punto, cfr. BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., 22: “anche la disciplina che blinda il bilanciamento suscita perplessità, in termini - per così dire - *tout court*”.

giustificazione”<sup>36</sup>.

Per quanto concerne il secondo, sembra che la Corte tenda, a nostro giudizio condivisibilmente - e al di là del non autonomamente sovvertibile tenore del diritto vivente consolidatosi per opera della giurisprudenza di legittimità -, a configurare, almeno sul piano criminologico, l'ipotesi di cui al predetto art. 73, co. 5 quale ipotesi autonoma di reato e non quale circostanza attenuante, in quanto carica di coefficienti offensivi tali da farne apprezzare l'autonomia rispetto alla presunta fattispecie base di cui al primo comma del medesimo articolo: “Due fatti, quelli previsti dal primo e dal quinto comma dell'art. 73, che lo stesso assetto legislativo *ricosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa*, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, e ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale”.

Se ne può desumere come il reale significato della declaratoria d'incostituzionalità sia quello di recuperare, seppure attraverso l'estensione del giudizio di bilanciamento, l'autonomia 'criminologica' di una fattispecie che il non condivisibile orientamento della giurisprudenza di legittimità configura, ormai da tempo risalente, come ipotesi attenuata del delitto previsto dall'art. 73, co. 1, d.P.R. n. 309 del 1990. Di qui, la non generalizzata estensibilità, nel merito, dell'ampliamento costituzionale del giudizio di bilanciamento ad altre circostanze attenuanti le quali, per quanto anche considerevolmente incidenti nella riduzione dell'escursione sanzionatoria (circostanze autonome, ad effetto speciale, indipendenti, *etc.*), non giungano ad emanciparsi, in termini di offensività del tipo, dalle ipotesi base. D'altra parte, anche sul piano strettamente penalistico - ben oltre quello criminologico - va mantenuta vigile la consapevolezza che la tipicità penale non riposa esclusivamente sulla formalistica corrispondenza del contegno all'esangue modello descrittivo contenuto nelle norme incriminatrici, ma si nutre di senso e spessore autenticamente giuridico alla stregua di una non meramente anodina e declamatoria correlazione all'*an* e al *quantum* dell'offesa arrecata al bene relazionale protetto<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, cit., 47.

<sup>37</sup> Sul punto, molto chiaramente, cfr. RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, Tomo I, *Il reato*, Bologna<sup>2</sup>, 2011, 106-107, il quale, ricordando il magistero di Marcello Gallo, afferma: “la causa della possibile difformità tra tipicità formale e sostanziale è da ricollegarsi alla natura del linguaggio prescrittivo, che mai corrisponde a un'ideale purezza geometrica, ma evoca sempre qualcosa di più o di meno rispetto a ciò che dovrebbe essere detto per corrispondere perfettamente ai bisogni di tutela che sono ragionevolmente prevedibili nelle società di riferimento delle norme. Peraltro, se il bene giuridico viene

---

inteso come il bene della relazione intersoggettiva, da cui promana un'esigenza di rispetto, è evidente che il profilo di offensività del fatto viene a mancare in una serie tutt'altro che marginale di situazioni di vita, in cui la lesione del bene giuridico è soltanto apparente. L'espressione linguistica legislativa non definisce espressamente la lesione di un bene giuridico, in quanto tale o nel suo aspetto di disvalore, ma si limita a statuire, con chiarezza non assoluta ma relativa, il modello tipico di contegno offensivo del bene giuridico. *Il modello tipico non esaurisce la tipicità del fatto, poiché il primo va completato con l'aspetto sostanziale, consistente nell'offesa al bene definito nell'esperienza concreta di valore individuale e/o sociale*"