

## **Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità** (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)

Giovanni Caruso

### **1. Premessa**

Con la sentenza n. 183 del 7 giugno 2011<sup>1</sup>, la Corte costituzionale 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»), nel giudizio di costituzionalità promosso dal G.i.p. di Perugia con ordinanza del 28 aprile 2009<sup>2</sup>. La Consulta ha ravvisato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62 *bis*, co. 2, c.p., nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Quello in esame è l'ultimo di una serie di interventi che la Consulta ha adottato sul tessuto normativo introdotto dal Legislatore del 2005, il quale, come noto, ha considerevolmente riconfigurato gli istituti della recidiva e della prescrizione del reato, intervenendo - con conseguenze già valutate criticamente dalla Corte costituzionale - anche su istituti informati dal ricorso più o meno marcato alla discrezionalità del giudice penale.

L'analisi della decisione costituzionale consente, a distanza di oltre un lustro dall'entrata in vigore della riforma, di svolgere alcune considerazioni retrospettive sul piano della complessiva 'capacità di resistenza' delle due linee di politica criminale ispiratrici - tra non esigue perplessità e, talvolta, veementi cori di disapprovazione - dell'impianto novellistico in tema di recidiva, collocabili rispettivamente sul piano personologico e tecnico-applicativo: da un lato, l'introduzione di un regime sanzionatorio differenziato, draconianamente *contra reum*, per l'autore recidivo; dall'altro, l'attuazione tecnica di tale obiettivo mediante l'erosione, quando non la radicale neutralizzazione, della discrezionalità del giudizio nel dispiegamento del concreto mancipio sanzionatorio.

Prima di soffermarsi più nel dettaglio sul tenore della sentenza costituzionale, merita rammentare tali due cifre giuridico-concettuali, dalle medesime scaturendo la maggior parte dei sospetti di compatibilità costituzionale che, nel corso degli ultimi anni, hanno gravato sulla riforma.

### **2. Inasprimento sanzionatorio e limitazione della discrezionalità penale nella**

---

<sup>1</sup> Testo reperibile in <http://www.giurcost.org/index.php>.

<sup>2</sup> Cfr. G.i.p. Perugia, 28 aprile 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 1910 ss., con nota di QUERO T., *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio d'inammissibilità*.

**riforma della recidiva ex lege n. 251 del 2005**

È unanimemente riconosciuto che la novellata disciplina della recidiva, ex lege 5 dicembre 2005, n. 251<sup>3</sup>, proiettata 'a raggiera', con vasto impatto sistematico<sup>4</sup>, su una pluralità di disposizioni dell'ordinamento penale, abbia contribuito a tal punto a inasprire il complessivo regime sanzionatorio dell'istituto da delineare, per i soggetti recidivi, un vero e proprio regime penale differenziato a sfondo sintomatico-presuntivo<sup>5</sup>.

Per comprendere adeguatamente il significato politico-criminale della riforma, è utile offrire una schematica raffigurazione intesa a cogliere, diacronicamente, l'evoluzione della filosofia di fondo dell'istituto della recidiva nel nostro ordinamento.

Nella versione originaria del codice Rocco, la recidiva era stata modellata in chiave spiccatamente general-preventiva, con le tipiche caratteristiche della genericità, perpetuità e obbligatorietà<sup>6</sup>: in primo luogo, la recidiva poteva essere contestata qualsiasi fosse stato il titolo di reato sul quale era intervenuta la precedente sentenza di condanna, e indipendentemente dalla specificità della figura criminosa oggetto della caduta recidivante; in secondo luogo, a differenza del codice Zanardelli, tra il passaggio in giudicato della sentenza di

---

<sup>3</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a CARUSO G., voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, IV Agg., Torino, 2008, 1037 ss.

<sup>4</sup> Cfr. PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier n. 1, 2006, 32.

<sup>5</sup> Sulla riforma, senza pretesa di esaustività, cfr., da ultimo, 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 legge «ex Cirielli»*, in *Corr. mer.*, 2006, 55; MARINUCCI G., *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per reati gravi 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*, cit., 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 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.

<sup>6</sup> Si pensi, in proposito, alla giustificazione dell'accoglimento della nota della perpetuità da parte del legislatore del 1930, desumibile dalla Relazione del Guardasigilli, in *Lavori preparatori del codice penale*, V, p.te I, Roma, 1929, 148: "seppur rigoroso, siffatto principio si presentava necessario per un Progetto, che tiene in considerazione tutta la vita antecedente del colpevole, non soltanto agli effetti di dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato ma anche agli effetti dell'applicazione della pena in concreto, entro i limiti del potere discrezionale del giudice".

condanna e la commissione del nuovo reato non era previsto alcun limite cronologico decorso il quale non fosse più possibile contestare la recidiva; in terzo luogo, non era prevista alcuna discrezionalità del giudice circa la concreta applicazione dell'istituto, fatta eccezione per le limitate ipotesi di cui all'allora vigente art. 100 c.p.

Tale originario impianto veniva radicalmente trasformato con la riforma del 1974<sup>7</sup>, attuata al fine di mitigare il rigore sanzionatorio del codice Rocco, incidendo sulla disciplina relativa alla concreta commisurazione giudiziale della pena, in caso di recidiva, attraverso: l'inclusione nel giudizio di bilanciamento, ex art. 69 c.p., di qualsiasi circostanza del reato, anche a effetto speciale; l'ampliamento, in prospettiva mitigatoria, di istituti come la continuazione e la sospensione condizionale della pena; nonché, per quanto qui in particolare interessa, la nuova configurazione della recidiva, da obbligatoria a facoltativa.

Tale ultimo mutamento di paradigma aveva comportato che, per dichiarare la recidiva, il giudice non si sarebbe potuto limitare alla mera constatazione del dato formale costituito dall'esistenza di una precedente sentenza di condanna definitiva, ma avrebbe dovuto individuare, nel singolo caso concreto, a fronte di una specifica contestazione formale di recidiva riveniente dalla sussistenza di una pluralità di condanne, la presenza di elementi sintomatici della maggiore colpevolezza, o della maggiore capacità a delinquere, dell'autore, indispensabili al fine di giustificare la stessa dichiarazione di recidiva e il conseguente aumento di pena.

Gli oltre trent'anni di vigenza della riforma del 1974, tuttavia, avevano seriamente concretizzato il rischio che l'aspirazione a mitigare la complessiva severità dell'originaria disciplina codicistica comportasse l'indebita abdicazione del legislatore ai propri compiti di politica criminale, delegandone la concreta esplicazione al giudice nel vivo dell'esperienza giudiziaria<sup>8</sup>. In questo senso, gli studiosi individuavano proprio nella riforma del 1974 un sostanziale mutamento del significato della discrezionalità del giudice penale: da strumento essenziale di completamento dell'opera del legislatore nella concretezza dei

---

<sup>7</sup> Riforma attuata con d.l. 11 aprile 1974, n. 99 («Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale»), convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220. Sulla riforma del 1974, cfr., per tutti, anche per ulteriori richiami bibliografici, AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 1-75; per l'individuazione degli effetti della riforma del 1974 sul piano dell'inquadramento dogmatico dell'istituto, cfr. PUCETTI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 3, *Personae e sanzioni*, Bologna, 2006, 161 ss.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, ora in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Studi sul diritto penale*, Milano, 1991, 51.

casi vitali<sup>9</sup> a “strumento di rottura del sistema, per consentire di superare le previsioni normative della parte speciale del codice senza modificarle direttamente”<sup>10</sup>. A ciò si assistette con l’introduzione del regime di facoltatività della recidiva, destinata troppo spesso a rimanere - con serio decadimento della tensione general-preventiva - inapplicata nella prassi, vuoi in conseguenza delle specifiche valutazioni discrezionali del giudice, vuoi perché neppure formalmente contestata per il cronico ritardo nell’aggiornamento dei casellari giudiziali circa le sentenze passate in giudicato.

Quindi, secondo le critiche più diffuse mosse all’esperienza applicativa maturata sull’istituto siccome riformato nel 1974, sarebbero stati impropriamente saldati, in relazione strettamente biunivoca, discrezionalità giudiziale e indulgenzialismo applicativo, alla stregua di una fallace - quantomeno sul piano logico-giuridico - equiparazione funzionale della prima al secondo.

Proprio a tale lassismo applicativo ha inteso porre rimedio la Legge 5 dicembre 2005, n. 251, secondo quanto chiaramente inferibile sia da una cursoria considerazione dei lavori preparatori, sia dall’analisi dei mutamenti di disciplina concretamente intervenuti<sup>11</sup>. Da tale angolazione, il tratto più saliente e generale della riforma è consistito nello scopo di recuperare un’adeguata tonalità afflittiva alla recidiva, sia aumentandone il tasso di specifico aggravamento sanzionatorio, sia precludendo alla giurisdizione di neutralizzare quest’ultimo attraverso le potenzialità connotative della discrezionalità penale<sup>12</sup>. Operazione, quest’ultima, condotta intervenendo tanto sul piano del giu-

---

<sup>9</sup> Per il significato della discrezionalità del giudice penale, sia consentito rinviare, da ultimo, a CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 1-450; nonché ID., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *L’Indice pen.*, 2006, 557-581; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, spec. 1-100.

<sup>10</sup> Così STILE A., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1977-78, 300; nello stesso senso BRICOLA F., *Il codice Rocco cinquant’anni dopo*, ora in BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna 1997, 157.

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. MELCHIONDA A., *Le modifiche in tema di circostanze*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 181 ss.

<sup>12</sup> Che il legislatore sia stato mosso dall’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 di 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

dizio di comparazione tra circostanze *ex art. 69, co. 4, c.p.*, quanto su quello relativo alla limitazione dei presupposti di applicabilità delle circostanze attenuanti generiche.

In termini generali, si può affermare che il rimedio alla flessione della tenuta generalpreventiva dell'istituto - caratterizzante la discutibile prassi applicativa maturata a seguito della riforma del 1974 - abbia contraddittoriamente condiviso con la stessa l'assunto teorico-applicativo di fondo, consistente nell'assimilazione funzionale, invalsa nell'esperienza giudiziaria, tra discrezionalità penale e mero indulgenzialismo sanzionatorio: se l'incremento della discrezionalità aveva, con la riforma del 1974, condotto la giurisprudenza all'attenuazione del rigore sanzionatorio, la 'sterilizzazione' della stessa avrebbe dovuto recuperare, e assicurare, l'auspicato irrigidimento punitivo con la riforma del 2005. Tale operazione di politica criminale, movendo da un presupposto incongruo sul piano tecnico-giuridico e fallace sul piano giuridico-epistemologico, ha condotto a travisare, accomunandoli indifferenziatamente, il senso dei molteplici 'istituti discrezionali' - dalla recidiva in sé, al giudizio di bilanciamento tra circostanze, fino alle circostanze attenuanti generiche - riformati nel 2005, come non ha ommesso di rilevare, nel corso degli ultimi anni, la giurisprudenza della Corte costituzionale. Ed è proprio in tale specifica prospettiva che, a distanza di oltre cinque anni dalla riforma, la considerazione della sentenza costituzionale n. 183/2011 - con l'esigenza da essa proclamata di recuperare un ambito non irrilevante alla discrezionalità anche in tema di recidiva - induce qualche più approfondita riflessione.

### **3. L'erosione della discrezionalità in tema di circostanze attenuanti generiche**

Prima di esaminare il tema di costituzionalità, occorre rammentare il senso della modifica apportata dall'art. 1, l. 251/2005 all'art. 62 *bis* c.p.

Come noto, la novità è consistita nell'aggiunta, rispetto alla formulazione originaria dell'art. 62-bis, di un comma secondo, alla cui stregua, ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche, non si sarebbe dovuto tenere conto "*dei criteri di cui all'art. 133, primo comma, n. 3, e secondo*

---

delle pene, mediante la compressione della discrezionalità giudiziale, risulta chiaramente dai lavori preparatori; sul punto, cfr. l'intervento del senatore Luigi Bobbio nella 449<sup>a</sup> 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".

*comma, nei casi previsti dall'art. 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni*<sup>13</sup>.

Il testo della disposizione, apparso fin da subito connotato da una complessa involuzione linguistica<sup>14</sup>, si ispirava all'esigenza di arginare, per talune ipotesi di recidiva qualificata, il riconoscimento delle cd. circostanze attenuanti generiche, introducendo una limitazione all'apprezzamento discrezionale attraverso il quale il giudice avrebbe valutato se (cfr. art. 62-bis, co. 1, c.p.), "indipendentemente dalle circostanze previste nell'art. 62", possano configurarsi altre circostanze diverse, comunque "tali da giustificare una diminuzione della pena".

Al di là dei singoli problemi interpretativi suscitati dalla disposizione<sup>15</sup>, in questa sede preme osservare come la formulazione dell'art. 62-bis, co. 2, c.p. non stabilisse, per il recidivo reiterato giudicato per uno o più tra i delitti qualificati, un generico e assoluto divieto di riconoscimento giudiziale delle attenuanti generiche, ma ne precludesse il riconoscimento per ragioni rivenienti dalla minore intensità del dolo, ovvero da uno o più tra i criteri fissati dall'art. 133, co. 2, c.p. per l'apprezzamento della capacità a delinquere (segnatamente, trattasi dei «motivi» e del «carattere del reo», dei «precedenti penali o giudiziari», della «condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato», della «vita del reo» e delle sue «condizioni di vita individuale, familiare e sociale»).

La prima delle suddette limitazioni, relativa al divieto di valutazione a favore del reo della minore intensità del dolo, sembra riferirsi ai casi in cui l'agente abbia agito senza una piena volontà «intenzionale», e cioè quando la sua condotta sia stata soggettivamente sorretta da ingredienti di colpevolezza attenuata, come nel caso del cd. dolo eventuale o indiretto<sup>16</sup>.

La seconda limitazione coinvolgeva tutti i criteri afferenti la cd. capacità a de-

<sup>13</sup> L'art. 62-bis, aggiunto al codice penale dall'art. 2, d.lg.lgt. 14 settembre 1944, n. 288, è stato arricchito del co. 2 dall'art. 1, co. 1, l. 5 dicembre 2005, n. 251.

<sup>14</sup> Cfr. ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in SCALFATI A. (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., 17, che parla di "slalom tra la sintassi utilizzata nel comma 2 dell'art. 62-bis c.p. per ogni singola frase"; MELCHIONDA A., *Le modifiche in tema di circostanze*, cit., 183 ss.; DOLCINI E., *Le due anime*, cit., 55, il quale osserva come "il nuovo art. 62-bis sembra un esempio scolastico di norma penale oscura".

<sup>15</sup> Per i quali, cfr., per tutti, MELCHIONDA A., *Le modifiche in tema di circostanze*, cit., 186.

<sup>16</sup> Così PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 32.

linquere del reo previsti dall'art. 133, co. 2, c.p. - ivi compresa la condotta susseguente al reato, oggetto di declaratoria d'incostituzionalità - sì che il residuo spazio di apprezzamento di situazioni idonee ad assumere rilievo ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche sarebbe stata confinata solo ai criteri di oggettiva gravità del reato, e cioè agli elementi desumibili «dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione», oppure «dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato».

In altri termini, nella prospettiva del legislatore della riforma, il giudice sarebbe stato tenuto, in ragione della limitazione alla discrezionalità decisoria, a una sorta di "motivazione rafforzata", suscettibile - come non si è mancato di notare - di divenire oggetto del sindacato di legittimità in una duplice direzione: sia sotto il profilo dell'inosservanza o dell'erronea applicazione della legge penale [art. 606, co. 1, lett. b), c.p.p.], nei casi in cui il giudice avesse omesso di applicare la clausola preclusiva di cui al novello art. 62-bis, co. 2, c.p.; sia sotto il profilo del difetto di motivazione [art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p.], laddove il giudice non avesse fornito, nel riconoscere le attenuanti generiche, un'adeguata (i.e., rafforzata) motivazione, secondo i nuovi moduli applicativi, circa il riconoscimento del regime circostanziale<sup>17</sup>.

Circa la correttezza di tale operazione - ancorché finalizzata a soddisfare alcune pur non banali esigenze general-preventive frustrate nel corso del tempo sulla scia di una discutibilmente lassista applicazione della riforma del 1974 - è doveroso dubitare, tanto sotto il profilo della congruenza dogmatica delle scelte operative effettuate dal legislatore in vista del recupero di effettività della recidiva - mediante la compressione o l'annullamento, cioè, della discrezionalità penale -, quanto sotto il profilo della compatibilità delle stesse con fondamentali principi di rango costituzionale.

È se la sentenza n. 183 del 2011 sembra aver 'atomisticamente' valorizzato il secondo profilo, ha tuttavia discutibilmente tenuto in ombra le implicazioni, di carattere dogmatico, che contrassegnano le peculiarità degli istituti discrezionali sui quali è intervenuta la riforma del 2005, scaturendone una presa di posizione che potrebbe definirsi solo 'timida' e parziale.

#### **4. Il diverso ruolo della discrezionalità del giudice penale: a) tra giudizio di bilanciamento...**

È, anzitutto, opportuno scrutinare il grado di ortodossia dogmatica che carat-

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

terizza il tentativo, attuato dal legislatore della riforma del 2005, di ‘neutralizzare’ la discrezionalità del giudice penale attraverso la separata considerazione degli istituti oggetto di rinnovata disciplina.

In particolare, ci sembra che, da tale angolazione, le implicazioni dell’intervento vadano diversamente valutate a seconda che si riferiscano al giudizio di bilanciamento ovvero al giudizio relativo alla concessione delle circostanze attenuanti generiche. È necessario, infatti, considerare in profondità il diverso ruolo svolto dalla discrezionalità penale nei due istituti: nel primo, essa si impone quale modalità eminente, ma interlocutoria, di configurazione della ‘pena astratta’ su cui dispiegare la successiva ‘individualizzazione’ sanzionatoria in concreto alla luce di tutti i criteri, nessuno escluso, di cui all’art. 133 c.p.; nel secondo, essa assume il ruolo di autentico mezzo di ‘individualizzazione’ della specifica pena in concreto, sia pure attraverso una duplice delibazione - dapprima ‘denotativa’, poi ‘connotativa’ - del fatto storico<sup>18</sup>. Con la conseguenza che non deve sorprendere che fin da tempo risalente, e in plurime circostanze, il legislatore fosse legittimamente intervenuto - laddove chiamato a fornire risposte ispirate a specifiche esigenze di inasprimento sanzionatorio - incidendo direttamente sulla disciplina di cui all’art. 69 c.p., e specificatamente restringendone la portata<sup>19</sup>.

In proposito, si è assistito, in certo senso, a un moto pendolare della politica criminale. È nota, infatti, l’esigenza che aveva indotto il legislatore della novella del 1974 a incrementare l’ambito operativo del giudizio di bilanciamento delle circostanze, includendovi - non senza incrociare talvolta veementi critiche<sup>20</sup> - anche quelle ad effetto speciale e quelle inerenti la persona del colpe-

<sup>18</sup> Per il senso con cui si utilizzano i termini ‘denotazione’ e ‘connotazione’, cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004<sup>4</sup>, 94 ss.; da ultimo, sia consentito il rinvio a CARUSO G., *La discrezionalità penale*, cit., 156 ss., spec. 230-232; nonché *infra* par. 5.

<sup>19</sup> Sul punto, cfr., anche per ulteriori richiami bibliografici, ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata ‘comune’: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4102.

<sup>20</sup> Per le quali, cfr., per tutti, ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 710, nonché PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 193: “il codice Rocco si preoccupava di salvaguardare l’infettibile rilevanza della nuova cornice editale prevista per la circostanza autonoma, sottraendola al giudizio di comparazione (art. 69, 4° co., 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 per-

vole, e cioè il fine di proporzionare - senza intervenire direttamente sulla parte speciale del codice - i livelli sanzionatori, affidando all'intervento del giudice il compito di adeguare i rigidi limiti edittali del codice del 1930<sup>21</sup>. Ma sempre sullo stesso istituto il legislatore sarebbe intervenuto anche per corrispondere a opposte esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale, connesse a gravi episodi o forme di criminalità, sovente in una logica di carattere eminentemente emergenziale, sottraendo ai giudici il potere concesso nel 1974 nella prospettiva di "salvaguardare i limiti edittali normativamente prescritti" per delitti di sicuro allarme sociale<sup>22</sup>.

Basti rammentare 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, fossero state introdotte deroghe alla regola dell'obbligatorietà e unitarietà del giudizio di equivalenza o prevalenza tra circostanze eterogenee in parte analoghe a quella oggi prevista dall'art. 69, co. 4, c.p. con riferimento alle aggravanti della recidiva reiterata e a quelle di cui agli artt. 111 e 112, co. 1, n. 4, c.p.<sup>23</sup>

In tali casi, come noto, le opzioni ermeneutiche si adeguarono a una lettura costituzionalmente orientata delle limitazioni al giudizio di bilanciamento, che consentisse di valorizzare comunque l'eventuale presenza di circostanze attenuanti, e in quanto tale rispettosa del principio di ragionevolezza ex art. 3, Cost. Ed è noto che, sul tema, si impose conclusivamente l'orientamento interpretativo secondo il quale, con tali disposizioni, il legislatore avesse in realtà inteso demandare al giudice di svolgere una serie di distinte e successive applicazioni di tutte le concorrenti circostanze, ai sensi dell'art. 63, comma 3, c.p.<sup>24</sup>, laddove avesse ritenuto necessario valorizzare le attenuanti. Tanto che proprio in tal senso si sarebbe caratterizzata la soluzione accolta dalla Corte

---

ché accidentalmente configurate come circostanze (ad es. nel caso della violazione di domicilio, aggravante del furto ex art. 625, 1° co., n. 1, c.p., la quale, pur costituendo di per sé reato, può essere eliminata per effetto della prevalenza o dell'equivalenza di un'eventuale attenuante)".

<sup>21</sup> Sulle modifiche del 1974, cfr. PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 23; 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.

<sup>22</sup> Cfr. PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 213.

<sup>23</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>24</sup> Così GALLO E., MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 268.

costituzionale<sup>25</sup>, successivamente recepita dalle ulteriori riforme limitative del giudizio di comparazione tra circostanze<sup>26</sup>.

Ai nostri fini, considerando la frequenza con la quale il legislatore è intervenuto nel corso degli anni al fine di ‘congelare’, in vista del perseguimento di esigenze di severità punitiva, il pieno dispiegamento del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee, non deve sorprendere che ciò si sia verificato anche con la modifica attuata sul testo dell’art. 69, co. 4, c.p. allineatasi nel solco dell’irrigidimento generalpreventivo, siccome finalizzato all’esigenza di non neutralizzare la rilevanza della recidiva reiterata.

Semmai, la cifra interpretativa costituzionale sull’art. 69, co. 4, c.p. si è già nutrita, da un lato, e potrebbe ancora nutrirsi, dall’altro, di due differenti temi penalistici, in sé e per sé non compromettenti l’ortodossia dogmatica della scelta operata dal legislatore di incidere direttamente sulla disciplina del bilanciamento di circostanze eterogenee: in primo luogo, è noto che la Consulta si è già pronunciata riservando - alla luce della sollecitazione ai giudici di merito di assecondare l’interpretazione favorevole alla perdurante natura discrezionale della recidiva reiterata - un ambito applicativo non obbligatoriamente scontato o automatistico all’art. 69, co. 4, c.p.<sup>27</sup>; dall’altro, si potrebbe semmai mettere in discussione la compatibilità costituzionale di una disciplina che

---

<sup>25</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 decidesse per la non prevalenza delle aggravanti, le diminuzioni di pena per le attenuanti non soccombenti andrebbero calcolate sulla sanzione risultante dagli aumenti già previamente operati per la suddetta aggravante ad effetto speciale, secondo il regime di cumulo previsto dall’art. 63, comma 3, c.p., che regola il regime 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, comma 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, delimitate dallo stesso art. 280, senza che ciò importasse una sicura esclusione dell’operatività delle attenuanti sulla pena, stabilita 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. e proc. pen.*, 1986, 1293 ss.). In senso conforme all’interpretazione della Consulta, cfr. PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, cit., 249. In senso critico, invece, cfr. DE FRANCESCO G., *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, cit., 39; DE VERO G., *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo*, cit., 1294 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, cfr. ancora ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata ‘comune’: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, cit., 4110.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., ord. 14 giugno 2007, n. 192, in *Foro it.*, 2007, I, 3357, n. TESAURO A., in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 26, 77, n. BRICCHETTI R.; in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 324, n. ARRIGONI F.

‘neutralizzi’, pur parzialmente, le attenuanti, interdicendone il giudizio di prevalenza sulla recidiva reiterata senza il ricorso alla possibile valorizzazione delle stesse secondo il modulo computativo *ex art. 63, co. 3, c.p.*, siccome esplicitato dalle sentenze costituzionali nn. 35 e 194 del 1985 e poi sempre recepito nelle successive riforme legislative<sup>28</sup>.

In ogni caso, sul piano dogmatico, non appare incongruo che il legislatore apponga alcuni limiti o deroghe alla conformazione e applicazione ordinarie del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee. In effetti, a nostro giudizio, la ‘tenuta’ dogmatica della scelta può apprezzarsi alla luce della funzione che la discrezionalità del giudice penale è chiamata a svolgere nell’applicazione dell’istituto.

Pur non essendo questa la sede per ripercorrere il significato storico dell’introduzione e dell’estensione del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee nel nostro ordinamento penale, merita comunque rammentare come la migliore dottrina abbia ormai da tempo dimostrato che l’istituto non attiene propriamente alla fase giudiziale di individualizzazione della pena in concreto, quanto, piuttosto, a una configurazione interlocutoria, mediante l’intervento giudiziale, di un rinnovato compasso edittale, e cioè, comunque, alla predisposizione di una pena ‘in astratto’, dalla quale il giudice dovrà, solo in un momento successivo autenticamente discrezionale, procedere alla commisurazione della pena *singulatim* irroganda al reo-in-relazione-al-suo-personale-fatto-reato<sup>29</sup>. Con la conseguenza che la limitazione della discrezionalità in casi siffatti, collocabile in una fase prodromica rispetto al pieno dispiegamento della stessa in vista della quantificazione singolare della risposta sanzionatoria, non ha subito ‘richiami’ costituzionali diversi da quelli sopra menzionati, tutti limitatisi a suggerire, con gli stilemi deontici delle sentenze interpretative di rigetto, un modello calcolatorio non disattento alla valorizzazione delle attenuanti comunque meritevoli di considerazione.

##### **5. (segue) ... e b) riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche**

Non altrettanto, però, potrebbe dirsi dell’operazione legislativa di ‘ingessare’ l’esercizio della discrezionalità penale in sede di riconoscimento delle circo-

---

<sup>28</sup> Rileva tale distonia ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata ‘comune’: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, cit., 4112.

<sup>29</sup> Per la tesi della finalizzazione della comparazione all’individuazione di una rinnovata cornice edittale sulla quale dispiegare l’autentica discrezionalità commisurativa, cfr., ad esempio, PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., 214-215; ROMANO M., *Commentario del codice penale*, I, Milano, 2004<sup>8</sup>, 709.

stanze attenuanti generiche, istituto a tutto tondo discrezionale, informato in ogni sua dimensione applicativa al dovere conoscitivo del giudice di apprendere, del singolo fatto storico scrutinato, ogni minima *nuance* in termini di valore o disvalore penalistico.

Non è certo questa la sede per affrontare *funditus* i temi storici, politici, dogmatici ed epistemologici connessi alla reintroduzione, con il d. lsg. Lt. 14 settembre 1944, n. 288, dell'istituto delle circostanze attenuanti generiche nell'ordinamento penale italiano<sup>30</sup>. È sufficiente, nell'economia del presente scritto, mettere in luce quella che a nostro giudizio costituisce la saliente linea evolutiva dell'interpretazione delle stesse, a partire dalla necessità di lumeggiare la discrasia concettuale tra *occasio* e *ratio legis*<sup>31</sup> nella riforma del 1944; passando attraverso la confutazione dell'interpretazione che, nella 'concessione' delle stesse, avrebbe ravvisato un mero gesto di clemenza *octroyé*, o di *equitas bursalis*, secondo la anche arbitraria *benignitas* del giudice<sup>32</sup>; fino al riconoscimento conclusivo della loro rilevanza quali circostanze in senso stretto, oggetto di previsione astratta, sia pure atipica, da parte del legislatore, e di stima da parte del magistrato nella concretezza del singolo caso vitale<sup>33</sup>.

Ebbene, se non ne equivochiamo il senso, la principale linea interpretativa maturata in tema di circostanze attenuanti generiche, pur assumendone

---

<sup>30</sup> Ancora oggi, lo studio monografico che maggiormente ha contribuito a penetrare l'autentico senso dell'istituto delle circostanze attenuanti generiche è quello condotto, nel 1959, da MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, *passim*; per la lusinghiera valutazione dell'opera di Massa da parte di Franco Bricola, nello studio dedicato dal Maestro bolognese alla discrezionalità nel diritto penale, cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 65-71. Parla del "più importante studio in argomento" MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 662, alla cui trattazione si rinvia per un inquadramento storico delle circostanze attenuanti generiche, per il dibattito dottrinale che ne seguì e per le critiche all'elaborazione giurisprudenziale sulle stesse, *op. ult. cit.*, 660-706. Per una recente presa di posizione, anche in prospettiva *de iure condendo*, sul significato storico delle circostanze attenuanti generiche, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 182 ss.

<sup>31</sup> Cfr. VASSALLI G., *Modificazioni al codice penale*, Roma, 1945, 43 ss.; sul punto, cfr., per tutti, MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., 664: "Riflettendo una logica che rievoca l'analoga esperienza francese del 1832, l'innovazione fu principalmente dettata dall'esigenza di escogitare una soluzione tecnica che, a seguito del mutato regime politico, consentisse di attenuare il rigore dell'originario impianto sanzionatorio, senza però procedere ad una complessa e articolata revisione dell'intero assetto del codice".

<sup>32</sup> Cfr. CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, cit., 182-184, il quale distingue anche tra 'equità esterna' ed 'equità interna'; sulla distinzione tra 'riconoscimento' e 'concessione' delle attenuanti generiche, cfr. anche LONGO A., *Le circostanze attenuanti generiche: concessione o riconoscimento?*, in *Cass. pen.*, 2003, 1243 ss.

<sup>33</sup> Cfr. MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., spec. 678-681.

l'inevitabile coincidenza dei parametri normativi di riferimento con quelli enumerati dall'art. 133 c.p., ormai riconosce una duplice rilevanza della discrezionalità penale nell'applicazione dell'istituto: dapprima qualificatorio-denotativa del fatto 'tipico' - attenuato secondo le indicazioni del legislatore -; quindi commisurativo-connotativa del fatto 'concreto' *sub iudice*. In tale prospettiva, è stato puntualmente messo in evidenza che "la differenza fra la funzione delle circostanze attenuanti generiche, e quella del processo di determinazione della pena irrogabile al reo, non può essere ricercata sul solo piano di una diversa caratterizzazione contenutistica dei canoni di valutazione rispettivamente sottesi all'attività del giudice. Più rilevante appare semmai la netta diversità di presupposti che, **pur nell'analogo collegamento a giudizi di tipo discrezionale** (grassetto nostro, n.d.r.), vengono messi in luce dalla struttura normativa dell'art. 62-*bis* c.p., da un lato, e da quella degli artt. 132 e 133 c.p., dall'altro. Nel primo caso il giudice è infatti chiamato a valutare se ricorrano, o meno, «altre circostanze che possano giustificare una diminuzione della pena»: [...] il perno del giudizio risulta perciò già astrattamente incentrato su di una sola, pur antitetica, alternativa. Nel caso della concreta valutazione degli elementi di cui all'art. 133 c.p. (ed al pari, fra l'altro, di quanto implicitamente imposto anche dalla ulteriore necessità di quantificare, in concreto, il grado di variazione di pena conseguente all'avvenuto riconoscimento di specifiche attenuanti astrattamente indefinite) i possibili sviluppi dell'attività discrezionale del giudice abbracciano, invece, un più ampio ventaglio di soluzioni, spaziando di fatto lungo tutto l'arco di alternative offerte da ogni singola misura di pena formalmente ricompresa all'interno della cornice edittale legislativamente prevista (ovvero nei limiti di quella ulteriore variazione di pena)<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Così, perspicuamente, MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., 679-680, il quale precisa ulteriormente come in "questi limiti può, pertanto, ribadirsi la legittimità della notoria contrapposizione fra casi di *Tatbestandermessen* e *Rechtsfolgenermessen*: la struttura discrezionale delle attenuanti generiche integra sicuramente un caso del primo tipo, in quanto lascia indeterminati i presupposti sui quali dovrà fondarsi il relativo accertamento, ma nello stesso tempo, al pari di qualunque ulteriore elemento di 'fattispecie', tale accertamento non potrà avere altra conseguenza che quella di ammettere, ovvero di negare, l'effettiva sussistenza delle premesse alle quali la legge ricollega la doverosa applicazione delle relative conseguenze giuridiche". Duplice rilevanza della discrezionalità penale, denotativa vs. connotativa, che è stata valorizzata anche sul piano dell'epistemologia del giudizio, per cui sia consentito il rinvio a CARUSO G., *La discrezionalità penale*, cit., spec. 230-232: "Gli studi condotti nel corso del Novecento intorno alle cd. circostanze discrezionali o innominate del reato, ad esempio, hanno dimostrato come, in casi siffatti, la discrezionalità si traduca solo in una forma peculiare di individuazione della tipicità (assumendo un ruolo e un significato del tutto estranei alla piena connotazione del fatto storico, e cioè all'autentica discrezionalità come completa e capillare comprensione equitativa), a noi sembra che l'assunto possa meglio comprendersi alla luce della distinzione, solo apparentemente paradossale,

Ebbene, la conformazione - in certo senso - 'ontologica' delle circostanze attenuanti generiche, permeate nel profondo dalla necessità della 'comprensione equitativa' del singolo fatto storico mediante il dispiegamento del mancipio discrezionale del magistrato penale, addirittura in un duplice snodo applicativo - denotativo e connotativo insieme -, non può certo conciliarsi con la negazione del proprio essenziale fondamento, come concretamente sembra essere avvenuto con l'introduzione delle limitazioni previste dall'art. 62-bis, co. 2, c.p.

In definitiva, che il legislatore possa intervenire limitando lo 'sguardo' del giudice sul fatto in tema di circostanze attenuanti generiche si rivela del tutto distonico rispetto al cruciale significato dogmatico delle stesse, nonché intimamente contraddittorio con la stessa funzione che l'istituto è chiamato ad assolvere nell'ordinamento penale. Sia consentita la paradossale metafora: affermare che il giudice, nel valutare il riconoscimento delle cd. 'generiche', non possa stimare aspetti pur rilevanti della personalità del reo o ingredienti comunque essenziali per la valutazione del fatto-in-relazione-al-suo-autore, sarebbe come se il legislatore - ad esempio - decidesse di precludere al giudice, chiamato a valutare la concedibilità dell'attenuante comune della lieve entità del danno, di farsi condizionare dal valore della cosa sottratta, o dall'importo concretamente conseguito dal reo come profitto dell'illecito. Si tratterebbe, insomma, di un'operazione del tutto incongrua e dogmaticamente abnorme. A fronte della quale le circostanze attenuanti 'generiche' non sarebbero in realtà più tali, nel senso che, per il recidivo reiterato nei casi previsti dall'art. 62 bis, co. 2, c.p., esse sarebbero ... un po' 'meno generiche', e quindi un po' 'più specifiche', delle generiche *vero nomine*.

---

tra 'connotazione denotativa' e 'denotazione connotativa', avvalendoci della distinzione tra 'discrezionalità' utilizzata per denotare e 'discrezionalità' utilizzata 'per connotare' [...] Molto spesso, in effetti, attraverso il regime delle circostanze proprie del reato, il legislatore fa confluire nell'ambito della denotazione-tipicità della fattispecie penale alcuni tratti di realtà, specifici e isolati in modo tipico e tassativo, rispetto al tipo classificatorio base, delegando al giudice, in relazione a essi, un compito gnoseologico meramente 'denotativo' pur a fronte di situazioni che dovrebbero incidere sulla maggiore o minore gravità del reato, e non sulla classificazione, *aut-aut*, tra lecito e illecito [...] In altri casi, poi, come avviene per le circostanze atipiche o discrezionali, il legislatore, pur avvalendosi sempre di 'connotazioni in funzione denotante', si riferisce a situazioni aggravanti o attenuanti non tassative, innominate, vaghe, rivenienti, cioè, da terminologia sfumata o generica. Tutto questo non esclude tuttavia che, anche in simili situazioni, il giudice si riferisca alle circostanze discrezionali in funzione 'denotante', e cioè al fine di ascrivere un caso singolo - nello svolgimento del secondo sillogismo teoretico - nell'ambito di una 'classe', sia pure dai confini non nettamente individuabili".

## 6. La parzialità della decisione costituzionale, tra principio di personalità della responsabilità penale e discrezionalità giudiziale

Per tali ragioni, riteniamo che la sentenza costituzionale n. 183 del 7 giugno 2011 abbia espresso una posizione solo ‘timida’ e parziale sul tema della compatibilità costituzionale dell’art. 62 *bis*, co. 2, c.p., non traendo tutte le implicazioni che una consapevole valorizzazione della discrezionalità penale determina sul piano costituzionale. Limitandosi ad affermare, infatti, l’illegittimità costituzionale dell’art. 62 *bis*, co. 2, c.p. nella sola parte in cui esclude, ciò non rispondendo a “un dato di esperienza generalizzabile”, che possa essere fondato il riconoscimento delle attenuanti generiche sulla condotta successiva al reato, ma non prendendo posizione censoria sull’intero disposto dell’art. 62-*bis* c.p., la Corte dimostra di prediligere un accostamento *ne varietur* o *self restraint* rispetto alla grave aporia che inficia, *in parte qua*, la riforma del 2005.

Né potrebbe valere, a bilanciare la critica sinora condotta, il rilievo che il giudizio di costituzionalità assume contorni parziali rispetto alle strette opzioni ermeneutiche del penalista, non potendo, conseguentemente, svolgere l’improprio ruolo di ‘cinghia di trasmissione’ delle peculiari vedute dogmatiche imperanti nella materia.

In effetti, il rilievo potrebbe condividersi solo laddove l’inquadramento dogmatico non fosse, in sé e per sé, già espressivo di una franca armonia costituzionale, come puntualmente si verifica proprio in tema di discrezionalità penale.

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 discrezionalità penale, e il poterdovere di connotazione giudiziale 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 che quello relativo alla tensione rieducativa della pena previsto dall’art. 27, co. 3 Cost.

Il principio di eguaglianza, anzitutto. È evidente, infatti, che l’astrattezza classificatoria del *Tatbestand*, ove non raccordata alle specificità singolari del fatto storico *sub iudice*, rischierebbe di omologare, in violazione del principio di parità di trattamento, casi ‘connotativamente’ diversi<sup>35</sup>. Va ricordato, in propo-

---

<sup>35</sup> In passato, si era già cercato di giustificare in questi termini la valenza costituzionale della discrezionalità penale, sia pure limitando la denuncia della possibile frizione col principio di uguaglianza ai casi di

sito, che il principio costituzionale di uguaglianza, secondo un'interpretazione restrittiva<sup>36</sup>, imporrebbe al legislatore ordinario l'astrattezza e la generalità della formulazione del precetto, in modo da evitare quei provvedimenti specifici e *ad personam* retaggio di un'epoca storica onusta di privilegi ormai superati; secondo un'interpretazione estensiva<sup>37</sup>, invece, esso vincolerebbe il legislatore non solo al pari trattamento degli eguali ma, al contempo, a una diversificazione dei distinti, o almeno, data l'impossibilità di un assoluto adeguamento del diritto al fatto, di ciò che è differenziabile secondo 'ragionevolezza'<sup>38</sup>, seguendo un crinale concettuale che conduce verso l'assimilazione dell'eguaglianza alla giustizia<sup>39</sup>.

Ci sembra evidente che, quasi al modo di un 'corollario costituzionale', il legame della discrezionalità penale al principio costituzionale di uguaglianza debba cogliersi, da un lato, sotto forma di 'ragionevolezza' nel trattamento dei 'distinti', e, da un altro lato, sul piano della norma generale dell'attività esecutiva, come attività concretamente applicativa della norma generale e astratta. Va detto, infatti, che il principio di uguaglianza opera in modo diverso a seconda che sia impiegato per la predisposizione del precetto, sia esso comando o divieto, ovvero in vista dell'individuazione del trattamento giuridico conseguente alla commissione e all'accertamento del fatto inosservante.

Nel primo caso, ragioni logiche e storico-giuridiche hanno suggerito la traduzione dell'eguaglianza nell'astrattezza e generalità della norma incriminatrice: se, sul piano logico, il comando, inteso quale indicazione comportamentale,

---

indeterminatezza della fattispecie; sul punto cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità*, cit., 287; in effetti, la doverosa commotazione del fatto tipico, nel suo tasso di specificità singolari, costituisce un indispensabile presidio del principio costituzionale anche nei casi assoluta determinatezza del *Tatbestand*, il quale non potrebbe che riferirsi a una classe di fatti potenzialmente illimitati, ognuno caratterizzato da singole e irripetibili modalità realizzative meritevoli di attento scrutinio in vista di quella 'diversa considerazione dei distinti' di cui si nutre, in uno al pari trattamento degli eguali, il principio di cui all'art. 3 Cost.

<sup>36</sup> Per l'esame di tale impostazione, nei suoi risvolti storici, cfr. PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, *passim*.

<sup>37</sup> Cfr. PALADIN L., *op. ult. cit.*, 122.

<sup>38</sup> *Ibidem*, ove l'Autore, criticamente, illustra la tendenza a definire la norma dell'eguaglianza nei termini del brocardo *unicuique suum*; dello stesso Autore, cfr. ID., *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 897 ss.

<sup>39</sup> Sul punto, cfr. ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, 1954, 17 ss. Cfr. anche Cfr. PALADIN L., voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 520 ss., il quale ha posto in luce come sia possibile cogliere tre fasi nella evoluzione del principio: nell'affermazione dell'eguaglianza è anzitutto colta un'indicazione programmatica di legislazione; quindi, una norma generale dell'attività esecutiva, avendo riguardo, in particolar modo, alla discrezionalità amministrativa; infine, nell'eguaglianza si è scorto un presupposto giustificativo della legge e un carattere proprio dell'intero sistema normativo.

rivolta al futuro e dettata nell'interesse dell'intero ordinamento, può solo essere rispettato o violato, senza *nuances* intensionali, sul piano storico-giuridico la pretesa illuministica di enucleare la figura del soggetto unico di diritto<sup>40</sup> avrebbe imposto la traduzione dell'eguaglianza nell'astrattezza e generalità del precetto.

Nel secondo caso, invece, 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, ma si caratterizza in modo irripetibile per ogni singolo episodio criminoso e per ogni singolo reo. Con la conseguenza che, per il giudice, l'eguaglianza equivale all'esigenza di valorizzare adeguatamente il 'distinto', di contro alla valorizzazione dell' 'indistinto' cui procede il legislatore nel sagomare la tipicità classificatoria penale<sup>41</sup>. Per quanto concerne, poi, il rilievo della discrezionalità giudiziale nel dare sostanza al principio della personalità della responsabilità penale consacrato dall'art. 27, co. 1, Cost., ci si limiterà solo a qualche rapida considerazione finalizzata a lumeggiare l'itinerario di progressivo incremento di contenuti che, nel corso del tempo, sono stati ascritti al principio costituzionale.

A nostro giudizio, tale itinerario è suscettibile di una partizione concettuale in tre fasi fondamentali: dal divieto di responsabilità per fatto altrui fino al divieto di responsabilità oggettiva; dal divieto di responsabilità oggettiva all'affermazione concettuale della colpevolezza normativa; dall'affermazione della colpevolezza normativa all'inclusione dell'esigenza di massima personalizzazione della risposta sanzionatoria nella connotazione della colpevolezza ordinale.

Già l'esame puntuale dei lavori preparatori in ordine alla formulazione dell'art. 27, 1° co., Cost. mostra che i costituenti non furono soltanto animati dall'intento di escludere possibili ipotesi di responsabilità per fatto altrui, ma che essi mirarono altresì a richiedere, 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. Sarebbe stata la stessa lettera del 1° co. dell'art. 27, statuente che la responsabilità penale è 'personale' e non che essa è una responsabilità 'per fatto proprio', a confermare l'argomento desunto dal

---

<sup>40</sup> Coglie magistralmente le ripercussioni di tale pretesa illuministica TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 223 ss.

<sup>41</sup> In questa prospettiva, va affermata, a nostro giudizio, l'incompatibilità costituzionale delle cd. pene fisse; sul punto, cfr. CARUSO G., *La discrezionalità penale*, cit., 395 ss.

dibattito svoltosi in sede di lavori preparatori all'Assemblea costituente<sup>42</sup>. D'altra parte, è altrettanto noto che la sentenza costituzionale 364 del 1988, stagliando concettualmente i significati della colpevolezza normativa in termini di rimproverabilità soggettiva per il fatto commesso, ha contribuito a innervare ulteriormente di senso il principio costituzionale, ben oltre il mero giudizio d'incostituzionalità delle residue ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>43</sup>. Per lo più, la sentenza è stata interpretata quale momento apicale del percorso storico di cd. autonomizzazione giuridico-concettuale della colpevolezza<sup>44</sup>, sia sotto il profilo materiale, quale principio meta-giuridico (o costituzionale, in ogni caso meta-penalistico) di colpevolezza<sup>45</sup>, sia sotto il diverso profilo

<sup>42</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*, 1 ss., spec. 1-31, Bologna, 1991.

<sup>43</sup> In proposito, la Corte costituzionale distingue la «responsabilità oggettiva spuria o impropria» dalla «responsabilità oggettiva pura o propria». Cfr. C. cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., 708: «anche a proposito dell'esclusione, nel 1° comma dell'art. 27 Cost., del tassativo divieto di responsabilità oggettiva va precisato che (ricordata l'incertezza dottrinale in ordine alle accezioni da attribuire alla predetta espressione) se nelle ipotesi di responsabilità oggettiva vengono comprese tutte quelle nelle quali anche un solo, magari accidentale, elemento del fatto, a differenza di altri elementi, non è coperto dal dolo o dalla colpa dell'agente (c.d. responsabilità oggettiva spuria od impropria) si deve anche qui ribadire che il 1° comma dell'art. 27 Cost. non contiene un tassativo divieto di «responsabilità oggettiva». Diversamente va posto il problema, a seguito di quanto ora sostenuto, per la c.d. responsabilità oggettiva pura o propria. Si noti che, quasi sempre è in relazione al complessivo, ultimo risultato vietato che va posto il problema della violazione delle regole «preventive» che, appunto in quanto collegate al medesimo, consentono di riscontrare nell'agente la colpa per il fatto realizzato [...] Ma, ove non si ritenga di restringere la c.d. responsabilità oggettiva «pura» alle sole ipotesi nelle quali il risultato ultimo vietato dal legislatore non è sorretto da alcun coefficiente subiettivo, va, di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, stabilito quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere «coperti» almeno dalla colpa dell'agente perché sia rispettato il disposto di cui all'art. 27, 1° comma, Cost. relativo al rapporto psichico tra soggetto e fatto».

<sup>44</sup> Sul cd. processo di autonomizzazione dogmatica della colpevolezza, cfr. PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, cit., 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 intorno alla quale ordinare, a parte l'imputabilità come suo presupposto, principalmente proprio il requisito della conoscenza-conoscibilità dell'antigiuridicità»; per una panoramica delle vicende della colpevolezza come categoria giuridica nel corso degli ultimi decenni, cfr., per tutti, VASSALLI, voce «Colpevolezza», in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 1 ss., nonché in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, II, 1077-1138.

<sup>45</sup> C. cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., 698: «Va, a questo proposito, sottolineato che non è stato sufficientemente posto l'accento sulla diversità di due accezioni del termine colpevolezza. La prima, tradizionale, fa riferimento ai requisiti subiettivi della fattispecie penalmente rilevante (ed eventualmente anche alla valutazione di tali requisiti ed alla rimproverabilità del soggetto agente); la seconda, fuori dalla sistematica degli elementi del reato, denota il principio costituzionale, garantista (relativo alla personalità dell'illecito penale, ai presupposti della responsabilità penale personale, ecc.) in base al quale si pone un limite alla discrezionalità del legislatore ordinario nell'incriminazione dei fatti penalmente sanziona-

dogmatico-formale, afferente la sua collocazione nell'ambito della teoria generale del reato<sup>46</sup> all'interno del singolo ordinamento positivo.

Preme osservare, infatti, come il processo di «autonomizzazione» abbia ruotato sul progressivo allontanamento della colpevolezza dai referenti del dolo e della colpa, lungo un tragitto già intrapreso nel periodo storico successivo all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e che nondimeno si prospetta particolarmente nitido e marcato proprio nella sentenza costituzionale, attraverso l'affermazione dell'irriducibilità teorica tra il dolo (e anche la colpa)<sup>47</sup>, da un lato, e il nuovo requisito della conoscenza-conoscibilità

---

bili, nel senso che vengono costituzionalmente indicati i necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena". Sul punto, cfr. VASSALLI G., *op. ult. cit.*, 1091-1105, spec. 1093-1094: "Questo «principio della colpevolezza» o «Schuldprinzip» o «Verschuldensprinzip» e anche «Schuldgrundsatz» è stato elaborato dalla dottrina tedesca con un approfondimento senza posa, nelle sue matrici storiche e filosofiche ma soprattutto nella sua evoluzione giuridica in questo secolo [...] per «principio di colpevolezza» si deve intendere un principio regolativo metagiuridico, al quale i vari ordinamenti punitivi dovrebbero ispirarsi". Occorre rilevare, tuttavia, come, pur a fronte del riconoscimento di tale processo di 'autonomizzazione' della colpevolezza rispetto ai coefficienti psichici del dolo e della colpa, la dottrina italiana ancora stenti - diversamente da quanto da tempo ormai pacificamente recepito nella letteratura penalistica di lingua spagnola e tedesca - a trarne le fondamentali implicazioni sistematiche. Le quali consistono, da un lato, nell'inserzione di dolo e colpa nell'ambito del *Tatbestand*, e, dall'altro, nella pretermissione della 'colpevolezza' dalla sistematica del reato e nella sua inclusione nell'ambito della teoria del reo. Assume coerentemente e senza riserve tale sistematica, nel panorama della dottrina italiana, RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico al codice penale*, Bologna, 2007, vol. II, tomo I, spec. 66 ss., 422 ss., nonché ID., *Descrizioni penali d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 235 ss.; per la traduzione di tali conseguenze sistematiche dalla sentenza costituzionale 364/1988, sia consentito il rimando a CARUSO G., *Ignoranza ed errore sulla legge penale*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, vol. II, Tomo I, cit., spec. 713 ss.

<sup>46</sup> Cfr. VASSALLI G., *op. ult. cit.*, 1107-1118; sul punto, cfr. anche PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 77: "Nel concetto di colpevolezza formale, la funzione sistematica viene così a coincidere con una particolare funzione critica: quella di distinguere i sistemi, i casi ed i modi di attuazione (anche parziale) del principio di responsabilità «soggettiva», ed i sistemi ed i casi di mancata od insufficiente attuazione di quel principio".

<sup>47</sup> Seguendo una sistematica già suggerita in dottrina (cfr. PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Torino, 1992, 128) detta irriducibilità si è colta sostanzialmente sotto un triplice punto di vista. In primo luogo, sotto l'aspetto strutturale, essendo evidente la differenza che corre tra fatti psichici reali ed effettivi, come la coscienza e volontà tipici quantomeno del dolo, e la mera virtualità conoscitiva del giudizio a riguardo della scusabilità/inescusabilità dell'*ignorantia iuris*, sufficiente all'affermazione della colpevolezza. In secondo luogo, sotto l'aspetto contenutistico, essendo chiara la differenza intercorrente tra l'oggetto del dolo e della colpa, identificantesi con il fatto concepito nella sua dimensione naturalistica o, tutt'al più, socialmente rilevante, e l'oggetto dell'*error iuris*, costituito dalla specifica cifra di disvalore giuridico-penalistico del comportamento umano, il quale a sua volta ne giustifica la conformazione deontica nell'universo del 'comandato' o del 'proibito' dalla legge positiva. In terzo luogo, sotto l'aspetto dell'essenza concettuale, si profila evidente la differenza tra dolo e colpa, nella loro dimensione di empirica tensione conoscitivo-volitiva dell'essere personale verso il mondo esterno, con la colpevolezza, intesa, secondo la concezione normativa, come giudizio di rimprovero del

dell'antigiuridicità, dall'altro.

Infine, riteniamo di suggerire una terza specificazione del principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 1, Cost., direttamente raccordando la stessa alla dimensione conoscitiva e pratico-dispositiva della discrezionalità penale. In tale prospettiva, il principio di personalità della responsabilità penale scorre dal piano costituzionale e dogmatico al piano epistemologico-giudiziario, a seguito di un itinerario di ricerca che ne collochi il senso più intimo e profondo nel riconoscimento del potere discrezionale del giudice, quale strumento di specifica apprensione intellettuale e pratica delle ragioni tutte del punire la persona del reo, e, in definitiva, nell'esigenza di rendere pienamente individualizzato e autenticamente personale il rimprovero sanzionato in capo all'autore 'in carne e ossa'<sup>18</sup>.

E 'frammentare', precludendolo, il giudizio discrezionale relativo al riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, devitalizzandolo dell'autentico significato personalizzante, equivale a un'essenziale violazione del principio costituzionale personalistico dell'afflizione penale.

A tale limite non sembra sottrarsi la sentenza costituzionale n. 183 del 7 giugno 2011.

Per comprendere il senso della critica, occorre muovere dalla considerazione dell'ordinanza di rimessione del G.i.p. di Perugia, la quale deduceva la questione di legittimità in termini più estesi rispetto a quelli poi recepiti dalla Consulta.

Il dispositivo, anzitutto. Il Tribunale perugino deduceva la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 62 bis, co. 2, c.p. *“nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato ex art. 99, quarto comma, cod. pen., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 cod. pen., in particolare sul comportamento susseguente al reato la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 bis, primo comma, cod. pen.”*<sup>19</sup>.

Si nota immediatamente come già il perimetro della questione dedotta dal

---

singolo per la trasgressione del precetto penale conoscibile, ovvero, secondo la concezione valorizzata in questo lavoro, per l'abuso della propria libertà di scelta nel contesto interpersonale e comunitario.

<sup>18</sup> Tale il senso principale dello studio, al quale mi permetto ancora di rinviare, CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, cit., *passim*.

<sup>19</sup> G.i.p. Perugia, 28 aprile 2009, cit., 1909.

dispositivo dell'ordinanza di remissione chiamasse il Giudice delle Leggi a scrutinare, in una più ampia estensione, la compatibilità costituzionale dell'art. 62 *bis*, co. 2, c.p. in relazione all'intero co. 2 dell'art. 133 c.p., il quale, come noto, enumera i criteri orientativi della discrezionalità commisurativa del giudice espressivi della cd. capacità a delinquere del reo. Quindi, la Corte veniva investita del giudizio di costituzionalità della pretermissione, operata con l'introduzione dell'art. 62 *bis*, co. 2, c.p. ad opera dell'art. 1, co. 1, L. 5 dicembre 2005, n. 251, di tutte, nessuna esclusa, le cd. circostanze improprie elencate dal predetto disposto codicistico, solo 'in particolare' menzionando l'illegittima irrilevanza prevista per il "*comportamento susseguente al reato*". In effetti, anche laddove ipotizzabile che la latitudine dell'esplorazione costituzionale non potesse, per ragioni di limitatezza del *petitum* e di rilevanza nel giudizio *a quo*, coinvolgere anche la limitazione relativa all'intensità del dolo di cui all'art. 133, co. 1, n. 3, c.p. - potendosi ritenere, al di là dell'unitarietà del rinvio operato nello stesso comma secondo dell'art. 62 *bis*, c.p., che il *delibandum* costituzionale fosse limitato al solo comma secondo dell'art. 133 c.p. -, non può condividersi che la Corte abbia operato una discutibile *actio finium regundorum*, recependo il giudizio d'incostituzionalità solo per l'esclusione dal giudizio discrezionale di uno tra i vari coefficienti di connotazione del fatto storico informante la cd. capacità a delinquere, quello, cioè, relativo alla valutazione del comportamento susseguente al reato.

Riteniamo che la 'timidezza' di tale scelta denoti una certa qual sottovalutazione del rilievo costituzionale della discrezionalità del giudice penale secondo quanto sopra argomentato.

Tale sottovalutazione si disvela scopertamente anche considerando la motivazione della sentenza costituzionale, la quale avrebbe pur potuto valorizzare meglio alcuni interessanti spunti dell'ordinanza di remissione, espressamente raccordati alla rilevanza costituzionale della discrezionalità penale. Il Tribunale perugino, infatti, aveva puntualmente posto in evidenza le preziose aperture alla rilevanza costituzionale della discrezionalità già effettuate dalla stessa Consulta, ad esempio in tema di legittimità della previsione di pene fisse: "*Va a questo punto aggiunto che, pronunciandosi sulla diversa questione della legittimità costituzionale di pene fisse, la Corte costituzionale ha più volte rilevato (cfr. sentenze n. 50 del 1980 e n. 299 del 1992) che l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo dei principi costituzionali tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale, tanto più che lo stesso principio di le-*

*galità della pena ex art. 25 comma 2 Cost. si inserisce in un sistema, in cui si esige la differenziazione più che l'uniformità. In tale quadro, si è osservato che ha un ruolo centrale la discrezionalità giudiziale, nell'ambito dei criteri segnati dalla legge*"<sup>50</sup>.

Inoltre, la stessa ordinanza di rimessione raccordava - sia pur con un accenno meritevole di maggiore approfondimento - la necessaria esplicazione normativa di modelli sanzionatori adeguatamente sensibili alle 'diversità' nella concretezza dei singoli casi vitali ai principi costituzionali di cui all'art. 27, co. 1 (personalità della responsabilità penale), co. 3 (principio della finalità rieducativa della pena) e all'art. 3 (principio di uguaglianza) della Costituzione<sup>51</sup>.

A fronte della - a nostro giudizio - preziosa opportunità di prendere, in modo ancor più franco e determinato, posizione circa l'essenziale rilevanza costituzionale della discrezionalità, la Consulta non ravvisa alcuna specifica frizione nella scelta, in sé e per sé, di precludere dalla valutazione del giudice sul fatto storico aspetti coesenziali della realtà commisurativa, e cioè tutti quelli diversi rispetto alla condotta susseguente al reato. Il che equivale - accingendoci a chiudere la nostra interpretazione critica - ad affermare che la violazione in sé dell'apertura discrezionale ed equitativa del giudice al fatto o non è un principio costituzionale in senso proprio - tanto da doversi intrecciare, per condurre alla conclusiva declaratoria di parziale illegittimità, alla 'categoria dialettica', di certo non meno sfumata e sfuggibile, della 'ragionevolezza' -, ovvero - utilizzando un ossimoro che rivela l'esitazione concettuale della Consulta - un principio 'dimezzato' o 'relativo', solo 'di livello' costituzionale, e cioè, in definitiva, un ... 'non principio' costituzionale *pleno iure*: "se è vero che il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena forma oggetto, nell'ambito del sistema penale, di un principio di livello costituzionale, è anche vero che il meccanismo preclusivo realizzato attraverso la norma in questione limita solo parzialmente tale potere, il quale continua ad avere un ampio ambito di esplicazione, attraverso la possibilità di spaziare tra il minimo e

<sup>50</sup> *Loc. ult. cit.*, 1907.

<sup>51</sup> *Ibidem*: "L'adeguamento della pena ai casi concreti contribuisce così, secondo la Corte costituzionale, a rendere il **più possibile personale la responsabilità penale** (grassetto e sottolineatura nostri, n.d.r.), in ossequio a quanto previsto dall'art. 27, comma 1, Cost., e ad assicurare una pena quanto più finalizzata, nella prospettiva dell'art. 27 comma 3 Cost. [...] Il soddisfacimento di tali presupposti e di tali finalità costituisce anche uno strumento per **l'attuazione dell'uguaglianza di fronte alla pena, intesa come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono** (grassetto e sottolineatura nostri, n.d.r.)". Per la delineazione di un'armonica tessitura tra la prospettiva rieducativa e l'essenza retributiva della pena, cfr. per tutti, RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 140 ss.

*il massimo edittale relativi allo specifico reato, con l'integrazione degli aumenti o delle diminuzioni per le altre circostanze eventualmente esistenti e per le stesse attenuanti generiche, che rimangono applicabili in base a elementi diversi da quelli «di cui all'art. 133, primo comma, numero 3, e secondo comma». Si tratta quindi di una limitazione che non si pone in contrasto con i principi costituzionali richiamati dal rimettente»<sup>32</sup>.*

Conclusione che giudichiamo parziale, e che - per quanto inserita in una definitiva declaratoria d'illegittimità costituzionale - si auspica possa ancora divenire oggetto di approfondimento costituzionale.

---

<sup>32</sup> Corte cost., sentenza n. 183 del 7 giugno 2011, in <http://www.giurcost.org/index.php>.