CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **106/2014** (ECLI:IT:COST:2014:106)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **SILVESTRI** - Redattore: **LATTANZI**
Udienza Pubblica del **11/03/2014**; Decisione del **14/04/2014**
Deposito del **18/04/2014**; Pubblicazione in G. U. **23/04/2014**
Norme impugnate: Art. 69, c. 4°, del codice penale.
Massime: **37900**
Atti decisi: **ord. 275/2013**

SENTENZA N. 106

ANNO 2014

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Gaetano SILVESTRI; Giudici : Luigi MAZZELLA, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Sergio MATTARELLA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 69, quarto comma, del codice penale, promosso dalla Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di D.C.L., con ordinanza del 15 ottobre 2013, iscritta al n. 275 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 52, prima serie speciale, dell’anno 2013.

Visti l'atto di costituzione di D.C.L., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica dell'11 marzo 2014 il Giudice relatore Giorgio Lattanzi;

uditi l'avvocato Alfredo Guarino per D.C.L. e l'avvocato dello Stato Paolo Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.– La Corte di cassazione, terza sezione penale, con ordinanza del 15 ottobre 2013 (r.o. n. 275 del 2013), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 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 stabilisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

La Corte rimettente premette che, con sentenza del 15 luglio 2011, il Tribunale ordinario di Torre Annunziata aveva dichiarato D.C.L. colpevole dei reati di cui agli artt. 81, capoverso, 572 e 609-bis cod. pen. e lo aveva condannato alla pena di quattro anni e sei mesi di reclusione, ritenendo l'attenuante prevista dal terzo comma dell'art. 609-bis cod. pen. prevalente sulla contestata recidiva reiterata e infraquinquennale.

La Corte d'appello di Napoli, in accoglimento dell'appello del pubblico ministero, aveva parzialmente riformato la sentenza di primo grado, rideterminando la pena in sei anni di reclusione, perché aveva ritenuto che rispetto alla recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., il giudizio di comparazione con l'attenuante del fatto di minore gravità non potesse essere effettuato che in termini di equivalenza.

L'imputato aveva proposto ricorso per cassazione, deducendo che il giudice di appello aveva aggravato la pena senza tener conto delle risultanze processuali e della valutazione dell'attenuante dell'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., fatta dal giudice di primo grado, e aveva altresì sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Il giudice a quo richiama la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ha prospettato un'interpretazione dell'art. 99, quarto comma, cod. pen., tale da configurare un'ipotesi di recidiva facoltativa, che il giudice può sia escludere, sia invece riconoscere, qualora il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

Nel caso di specie, prosegue la Corte rimettente, il giudice di secondo grado aveva ritenuto che la contestata recidiva non potesse essere esclusa, perché «i reati contestati all'imputato, già gravato di precedenti per evasione e violazione della normativa sugli stupefacenti, costituivano espressione di maggior colpevolezza e pericolosità sociale in quanto si inquadravano "senza dubbio alcuno in una progressione criminosa ulteriore, essendo ampliato il ventaglio di beni aggrediti dalle condotte antigiuridiche del D.C.L."», e aveva ritenuto che il giudizio di comparazione tra la ritenuta recidiva e la circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., potesse essere espresso in termini di equivalenza, dato «il

tassativo disposto di cui all'art. 69, comma 4, c.p.» da cui discende automaticamente «l'impossibilità di ritenere la prevalenza della circostanza attenuante».

Ritenuta perciò la rilevanza della questione, e facendo riferimento alla sentenza di questa Corte n. 68 del 2012, la Corte di cassazione rileva che «al pari della configurazione delle fattispecie astratte di reato anche la commisurazione delle sanzioni per ciascuna di esse è materia affidata alla discrezionalità del legislatore in quanto involge apprezzamenti tipicamente politici. Le scelte legislative sono pertanto sindacabili soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione», sicché la Corte costituzionale avrebbe il compito di verificare che l'uso della discrezionalità legislativa rispetti sia il limite della ragionevolezza, sia il principio di proporzionalità tra qualità e quantità della sanzione, da un lato, e offesa, dall'altro.

Ciò posto, la questione sarebbe non manifestamente infondata con riferimento ai principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità sanciti dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

La Corte rimettente ricorda che la legge 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale), ricorrendo all'unitaria nozione di atti sessuali, ha unificato nella violenza sessuale le fattispecie di congiunzione carnale violenta e di atti di libidine violenti, previste dalla precedente normativa, e che «la "unificazione" in una sola [ipotesi] criminosa di ogni attentato alla sfera sessuale ha indotto il legislatore, per differenziare sul piano sanzionatorio le ipotesi meno gravi (rientranti secondo la previgente disciplina negli atti di libidine), a configurare una circostanza attenuante speciale». Così, mentre l'art. 609-bis, primo comma, cod. pen., prevede una pena da cinque a dieci anni di reclusione, il terzo comma stabilisce che «nei casi di minore gravità» la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi, sicché, in caso di riconoscimento di siffatta attenuante, la stessa «(applicandosi l'attenuante nella massima estensione) può variare da un minimo di 1 anno e 8 mesi di reclusione ad un massimo di 3 anni e 4 mesi».

La Corte aggiunge che «il massimo della pena edittale, previsto nell'ipotesi di riconoscimento della circostanza attenuante speciale di minore gravità (anni 3 a mesi 4), è […], in modo considerevole, inferiore al minimo della pena prevista per l'ipotesi di cui al comma 1 (anni 5)», e ciò perché le ipotesi di minore gravità di cui al terzo comma dell'art. 609-bis cod. pen. si differenziano, rispetto a quelle delineate dal primo comma, per la minore offesa alla libertà sessuale cagionata dal fatto di reato.

Questa differenza, peraltro, era stata tenuta presente dal legislatore anche in materia di misure cautelari, in quanto, prima della sentenza n. 265 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale (nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure), la presunzione prevista da tale comma non si applicava, per espressa esclusione normativa, alle ipotesi di minore gravità previste dal terzo comma dell'art. 609-bis cod. pen.

Richiamata la giurisprudenza di legittimità sull'attenuante speciale in oggetto, la Corte rimettente conclude che questa circostanza rappresenta un «temperamento dell'unificazione in un unico reato di condotte che si differenziano nettamente in relazione alla diversa intensità della lesione del bene giuridico tutelato», con la conseguenza che «la norma di cui all'art. 69 co. 4 c.p. che [ne] prevede il divieto di prevalenza […] sulla recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p. impedisce sostanzialmente l'applicazione di una sanzione adeguata e proporzionata all'entità

(anche se minima) dell'aggressione alla sfera sessuale della vittima, ponendo l'accento esclusivamente sulle condizioni soggettive del reo».

La norma censurata sarebbe, pertanto, in contrasto con il principio di uguaglianza perché fatti anche di minima entità vengono, per effetto del divieto in questione, ad essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 609-bis cod. pen., per le ipotesi di violenza più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse, sia per le modalità, sia per il danno arrecato alla vittima. L'autore di condotte di minore gravità, che sia recidivo ex art. 99, quarto comma, cod. pen., sarebbe infatti punito con la stessa pena prevista per chi pone in essere comportamenti ben più gravi sotto il profilo dell'offesa alla libertà sessuale della vittima.

Tale incongruità sarebbe più evidente quando non si tratta di recidiva specifica, perchè in tal caso il reo non potrebbe essere ritenuto incline a commettere reati della stessa indole.

Sussisterebbe, inoltre, la violazione del principio di proporzionalità della pena, in quanto, come già rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 251 del 2012, l'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma, cod. pen., attribuisce alla risposta punitiva i connotati di una sanzione palesemente sproporzionata e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato. Perciò, secondo la Corte rimettente, deve concludersi che la norma censurata è in contrasto anche con la finalità rieducativa della pena, che implica un costante «principio di proporzione» tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra.

2.– È intervenuto nel giudizio di legittimità costituzionale, con memoria depositata il 16 gennaio 2014, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o, comunque, non fondata.

Ad avviso della difesa dello Stato, la Corte rimettente non avrebbe descritto sufficientemente la fattispecie oggetto del giudizio, in quanto non avrebbe specificato «i fatti in base ai quali sia stata valutata giuridicamente corretta la non praticabilità della esclusione dell'aggravante della recidiva». Il giudice a quo, in particolare, non avrebbe «illustrato per quale motivo nel caso di specie sia da negare la possibilità di tenere conto della lesività oggettiva del fatto, escludendo rilievo ad una condizione soggettiva dell'imputato che non è affatto espressione di una medesima devianza». La questione sarebbe, pertanto, inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza.

L'Avvocatura generale dello Stato aggiunge che, comunque, la questione non è fondata. Con la riforma dell'art. 69 cod. pen., introdotta dal decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99 (Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 giugno 1974, n. 220, si sarebbe gravato il giudice di un potere discrezionale estremamente lato, con il pericolo di provocare disparità e incertezze in sede applicativa. La dilatazione del giudizio di bilanciamento conseguente alla riforma del 1974 avrebbe in seguito indotto più volte il legislatore a circoscriverlo o ad escluderlo per talune circostanze, e in tale contesto si inserirebbe la modifica dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., la cui ratio è chiaramente volta a «inasprire il regime sanzionatorio di coloro che versano nella situazione di recidiva reiterata, impedendo che tale importante circostanza sia sottratta alla commisurazione della pena in concreto»: si tratterebbe di una scelta discrezionale del legislatore, immune dalle censure denunciate dal giudice rimettente.

La norma censurata non sarebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza, in quanto tenderebbe ad attuare «una forma di prevenzione generale della recidiva reiterata, inasprendone il regime sanzionatorio». Essa, inoltre, non comporterebbe un'applicazione sproporzionata della pena, perché sanziona coloro che hanno commesso un altro reato essendo

già recidivi, così dimostrando un alto e persistente grado di antisocialità. Inoltre, non si potrebbe ragionevolmente ritenere che la previsione di trattamenti sanzionatori più rigorosi per i recidivi reiterati possa determinare l'applicazione di una pena di per sé sproporzionata, e ciò sarebbe sufficiente per escludere anche qualsiasi conflitto con la funzione rieducativa della pena. La commisurazione della pena, sottolinea l'Avvocatura generale dello Stato, è demandata al giudice alla stregua dei principi fissati dal legislatore, che nel caso di specie avrebbe inteso sanzionare il fenomeno della recidiva reiterata in sé, a prescindere dalla gravità dei fatti commessi, dai loro tempi e modi e dalle sanzioni irrogate, in quanto «il fatto stesso della persistenza nelle condotte antisociali, quali che esse siano, dimostra che la funzione rieducativa non ha potuto efficacemente esplicarsi nei confronti del soggetto, e quindi è necessario assicurare la possibilità (quantomeno escludendo la prevalenza delle attenuanti) che, attraverso l'applicazione della pena, tale funzione trovi una nuova occasione di svolgimento».

La giurisprudenza costituzionale, osserva ancora l'Avvocatura generale dello Stato, ha chiarito come, salvo che per i reati previsti dall'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen., la recidiva conservi il carattere discrezionale o facoltativo, così restando integro il potere del giudice di escludere l'applicazione della circostanza qualora ritenga che la ricaduta nel reato non sia «indice di insensibilità etico/sociale del colpevole». Perciò, anche nelle ipotesi di recidiva reiterata, il giudice di merito sarebbe tuttora in grado, motivando adeguatamente la decisione, di commisurare il trattamento sanzionatorio alla effettiva gravità del fatto e alla reale necessità di rieducazione mostrata dal colpevole.

3.– Nel giudizio di costituzionalità si è costituito, con memoria depositata il 3 gennaio 2014, D.C.L., che ha sostenuto l'illegittimità costituzionale della norma censurata.

Secondo la difesa dell'imputato la normativa in oggetto rende la pena, per le ipotesi di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., «irragionevolmente eccessiva» e non rispondente alla necessità di «prevenzione generale e speciale», sia perché la circostanza attenuante speciale può riguardare «anche soltanto lievi toccamenti, sfregamenti, baci, come nel caso di specie [in cui l'imputato] aveva tentato di ristabilire il rapporto con la moglie da cui era separato, con atti di eccessiva affettuosità, in un momento in cui la consorte non era consenziente a ricevere», sia perché «l'assenza di recidiva specifica non manifesta alcuna proclività alla commissione di reati della stessa indole».

La difesa dell'imputato richiama la sentenza n. 251 del 2012 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 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, quarto comma, cod. pen., ritenendo che «i medesimi argomenti […] sono ancor più validi e pregnanti quando riferiti all'ipotesi di cui all'art. 609-bis comma 3 c.p.», in quanto in tal caso «anche se vi è lesione del medesimo bene giuridico rispetto all'art. 609-bis c.p., cioè l'autodeterminazione sessuale e la violazione della integrità fisica e psichica, la struttura ontologica del reato, con riferimento alla condotta, denota fattispecie di assai diversa rilevanza, offensività e pericolosità, dal momento che, ad esempio, una bestiale violenza sessuale, cagionante gravi danni fisici e psichici alla vittima, non può essere comparata, in relazione alla struttura della condotta, ad un tentativo, sia pure illecito e maldestro, di un contatto sessuale».

L'applicazione della norma censurata, quindi, produrrebbe conseguenze irragionevoli ed elusive dell'art. 27, terzo comma, Cost., imponendo al giudice la necessità di infliggere, anche in caso di recidiva specifica, sia pure per reati di minore intensità, una pena che non sia inferiore a 5 anni di reclusione, e di dare un peso irragionevolmente e sproporzionatamente eccessivo a qualsivoglia precedente penale rispetto alle concrete modalità della condotta

offensiva. Si lede così, ad avviso della difesa dell'imputato, un principio cardine dell'ordinamento, secondo cui la pena deve essere determinata «in relazione alle condizioni soggettive del reo e in relazione alla gravità oggettiva del fatto». Peraltro, il principio di proporzionalità della pena rispetto al fatto di reato è enunciato non solo dalla Costituzione, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza e, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, con conseguente violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Considerato in diritto

1.– La Corte di cassazione, terza sezione penale, con ordinanza del 15 ottobre 2013 (r.o. n. 275 del 2013), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 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 stabilisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Il giudice a quo ricorda che la legge 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale), ricorrendo all'unitaria nozione di atti sessuali, ha unificato nella violenza sessuale le fattispecie di congiunzione carnale violenta e di atti di libidine violenti, previste dalla precedente normativa. Ad avviso della Corte rimettente, proprio «la "unificazione" in una sola [ipotesi] criminosa di ogni attentato alla sfera sessuale ha indotto il legislatore, per differenziare sul piano sanzionatorio le ipotesi meno gravi (rientranti secondo la previgente disciplina negli atti di libidine), a configurare una circostanza attenuante speciale», che ricorre quando il fatto di reato ha recato una minore offesa alla libertà sessuale della vittima.

La conclusione che l'attenuante dei casi di minore gravità concerna le condotte caratterizzate da una minore «intensità della lesione del bene giuridico tutelato» troverebbe conferma nella divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per la fattispecie base del primo comma dell'art. 609-bis cod. pen., per la quale è prevista una pena da cinque a dieci anni di reclusione, e per la fattispecie circostanziata del terzo comma del medesimo articolo, il quale stabilisce che «nei casi di minore gravità» la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

Ad avviso del giudice a quo, quindi, la norma censurata sarebbe irragionevole e violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto fatti anche di minima entità vengono, per effetto del divieto in questione, ad essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 609-bis cod. pen., per le ipotesi di violenza più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse, sia per le modalità, sia per il danno arrecato alla vittima, con la conseguenza che l'autore di condotte di minore gravità, che sia recidivo ex art. 99, quarto comma, cod. pen., è punito con la stessa pena prevista per chi pone in essere comportamenti ben più gravi sotto il profilo dell'offesa alla libertà sessuale della vittima.

Inoltre, la norma impugnata sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), perché, come è stato già rilevato da questa Corte nella sentenza n. 251 del 2012, «l'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. […] attribuisce alla risposta punitiva i connotati di una pena palesemente sproporzionata e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato (sentenza n. 68 del 2012)», soprattutto con riferimento alle ipotesi di minore gravità previste dal terzo

comma dell'art. 609-bis cod. pen., che si differenziano, rispetto a quelle delineate dal primo comma, per la minore offesa alla libertà sessuale cagionata dal fatto di reato.

2.– L'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità della questione per difetto di motivazione sulla rilevanza: la Corte rimettente, infatti, non avrebbe descritto sufficientemente la fattispecie oggetto del giudizio, non avendo specificato «i fatti in base ai quali sia stata valutata giuridicamente corretta la non praticabilità della esclusione dell'aggravante della recidiva». Il giudice a quo, in particolare, non avrebbe «illustrato per quale motivo nel caso di specie sia da negare la possibilità di tenere conto della lesività oggettiva del fatto, escludendo rilievo ad una condizione soggettiva dell'imputato che non è affatto espressione di una medesima devianza».

L'eccezione è infondata.

La Corte rimettente ha adeguatamente descritto la fattispecie sottoposta al suo esame nel giudizio a quo, spiegando per quali ragioni il giudice di appello ha ritenuto di dover applicare la contestata recidiva, peraltro già riconosciuta dalla sentenza di primo grado, e di dovere conseguentemente procedere al giudizio di bilanciamento tra la recidiva e la circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen.

Inoltre, tra i motivi del ricorso per cassazione indicati dal giudice a quo, manca quello relativo all'erronea applicazione della recidiva, sicché può ben ritenersi che al riguardo, nel caso di specie, si sia verificata una preclusione.

Non spettava pertanto alla Corte rimettente valutare «la possibilità di tenere conto della lesività oggettiva del fatto, escludendo rilievo ad una condizione soggettiva dell'imputato che non è affatto espressione di una medesima devianza».

3.– Nel merito, la questione è fondata.

4.– L'art. 3 della legge n. 251 del 2005 ha sostituito il quarto comma dell'art. 69 cod. pen., sul giudizio di bilanciamento delle circostanze, stabilendo, tra l'altro, il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla circostanza prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., e il giudice a quo prospetta l'illegittimità costituzionale di tale norma, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva reiterata.

L'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., prevede una circostanza attenuante ad effetto speciale, che comporta una riduzione della pena base (reclusione da cinque a dieci anni) «in misura non eccedente i due terzi», sicché, come ha rilevato il giudice a quo, ove ritenuta sussistente, «la pena (applicandosi l'attenuante nella massima estensione) può variare da un minimo di 1 anno e 8 mesi di reclusione a un massimo di 3 anni e 4 mesi»; se però si applica la recidiva reiterata, i casi di violenza sessuale di minore gravità, per i quali l'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., prevede la pena della reclusione da un anno e otto mesi a tre anni e quattro mesi, devono essere puniti con la reclusione da cinque a dieci anni.

Come questa Corte ha già rilevato (sentenza n. 251 del 2012), l'attuale formulazione dell'art. 69, quarto comma, 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 (Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della 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;

ipotesi che solitamente vengono individuate dal legislatore attraverso la previsione di pene di specie diversa o di pene della stessa specie, ma con limiti edittali indipendenti da quelli stabiliti per il reato base», come nel caso regolato dall'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen.

È rispetto a questo tipo di circostanze che il criterio generalizzato, introdotto con la modificazione dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., ha mostrato delle incongruenze, inducendo il legislatore a intervenire con regole derogatorie, come è avvenuto con l'aggravante della «finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico», prevista dall'art. 1 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625 (Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 febbraio 1980, n. 15, e, «in seguito, con varie altre disposizioni, generalmente adottate per impedire il bilanciamento della circostanza c.d. privilegiata, di regola un'aggravante, o per limitarlo, in modo da escludere la soccombenza di tale circostanza nella comparazione con le attenuanti; ed è appunto questo il risultato che si è voluto perseguire con la norma impugnata» (sentenza n. 251 del 2012).

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). Deroghe al bilanciamento però sono possibili e rientrano nell'ambito delle scelte del legislatore, che sono sindacabili da questa Corte «soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (sentenza n. 68 del 2012), ma in ogni caso «non possono giungere a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale» (sentenza n. 251 del 2012); alterazione che, come si vedrà, emerge per più aspetti nella situazione normativa in questione.

5.– Come questa Corte ha già rilevato, la legge n. 66 del 1996, che ha riformato la disciplina dei delitti contro la libertà sessuale, ha realizzato una «concentrazione nell'unico delitto di violenza sessuale (art. 609-bis cod. pen.) delle fattispecie di violenza carnale e di atti di libidine violenti, rispettivamente previste negli artt. 519 e 521 del testo originario del codice penale» (sentenza n. 325 del 2005) e, nel descrivere la condotta del nuovo delitto di violenza sessuale, l'attuale art. 609-bis cod. pen. impiega, quale termine di riferimento dell'attività costrittiva, l'espressione «atti sessuali», che costituisce il fulcro della nuova fattispecie incriminatrice, volta a sintetizzare, mediante una formula particolarmente ampia, le nozioni di congiunzione carnale e di atti di libidine presenti nella precedente normativa.

Proprio l'introduzione dell'unitaria nozione di atto sessuale – la quale, pur continuando «ad avere come punti di riferimento da un lato la congiunzione carnale e dall'altro gli atti di libidine, […] intende distaccarsi dalla fisicità e materialità della distinzione per apprestare una più comprensiva ed estesa tutela contro qualsiasi comportamento che costituisca una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale» – ha fatto sorgere «l'esigenza di introdurre una circostanza attenuante per i casi di minore gravità (art. 609-bis, terzo comma, cod. pen.). Mediante una consistente diminuzione (in misura non eccedente i due terzi) della pena prevista per il delitto di violenza sessuale (fissata, nel minimo, in cinque anni di reclusione), risulta così possibile rendere la sanzione proporzionata nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità» (sentenza n. 325 del 2005).

La circostanza attenuante prevista dal terzo comma dell'art. 609-bis cod. pen. per i «casi di minore gravità» si pone, pertanto, «quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato» (sentenza n. 325 del 2005). Peraltro, la concorde giurisprudenza della Corte di cassazione considera l'attenuante in esame applicabile «in tutte quelle fattispecie in cui avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze

dell'azione, sia possibile ritenere che la libertà sessuale, personale della vittima sia stata compressa in maniera non grave, ed implica la necessità di una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 cod. pen.» (Cassazione, sezione quarta penale, 12 aprile 2013, n. 18662, nonché sezione terza penale, 13 novembre 2007, n. 45604 e 7 novembre 2006, n. 5002).

6.– Ciò posto, la censura relativa al principio di proporzionalità della pena (art. 27, terzo comma, Cost.) è fondata.

L'art. 69, quarto comma, cod. pen., 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 finalisticamente indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze» (sentenze n. 251 del 2012 e n. 183 del 2011); nel caso in esame, infatti, il divieto di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante dell'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., impedisce il necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire appunto attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il caso di «minore gravità».

L'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma, cod. pen., sulla diversità delle cornici edittali prefigurate dal primo e dal terzo comma dell'art. 609-bis cod. pen., che viene annullata, attribuisce così alla risposta punitiva i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» e, dunque, «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato» (sentenza n. 68 del 2012).

È stato già affermato da questa Corte (sentenza n. 251 del 2012) che «la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per "un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale" (sentenza n. 249 del 2010), non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni», e questo scrutinio nel caso in esame rivela il carattere palesemente sproporzionato del trattamento sanzionatorio determinato dall'innesto della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dall'art. 609-bis cod. pen.

La recidiva reiterata, infatti, «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». Sia nell'individuazione dell'attenuante dei casi di minore gravità, sia nella determinazione complessiva e finale della pena, insomma, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base non può essere «"neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità» (sentenza n. 251 del 2012).

Perciò deve concludersi che la norma censurata è in contrasto con la finalità rieducativa della pena, che implica «un costante "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (sentenza n. 341 del 1994)» (sentenza n. 251 del 2012).

7.– Questa conclusione, peraltro, è resa ancor più evidente dalla notevole divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per la fattispecie base, prevista dal primo comma dell'art. 609-bis cod. pen., e per quella circostanziata, prevista dal terzo comma del medesimo articolo: nei casi di minore gravità infatti la pena è diminuita «in misura non eccedente i due terzi», con la conseguenza che, in seguito al riconoscimento dell'attenuante speciale in

questione, il massimo della pena edittale, come ha rilevato il giudice rimettente, è, «in modo considerevole, inferiore al minimo della pena prevista per l'ipotesi di cui al comma 1 (anni 5)».

Anche nel caso in esame quindi, come in quello oggetto della sentenza n. 251 del 2012, dal divieto di prevalenza sancito dalla norma censurata derivano delle conseguenze manifestamente irragionevoli sul piano sanzionatorio, assumendo particolare rilievo la divaricazione tra i livelli minimi, rispettivamente di cinque anni, per il primo comma dell'art. 609-bis cod. pen., e di un anno e otto mesi, per il terzo comma dello stesso articolo. Così, per effetto dell'equivalenza tra la recidiva reiterata e l'attenuante della minore gravità, l'imputato viene di fatto a subire un aumento assai superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi.

L'incongruità di questo risultato appare evidente se si considerano i criteri stabiliti dall'art. 69, quarto comma, cod. pen., prima della modificazione (in genere diretta a favorire l'imputato) operata dall'art. 6 del d.l. n. 99 del 1974, quando l'aumento della recidiva veniva effettuato sulla pena prevista per la fattispecie attenuata. In un caso come quello in esame, infatti, la pena minima sarebbe stata, a seconda del tipo di recidiva, di due anni e sei mesi o di due anni, nove mesi e dieci giorni, vale a dire di un anno e otto mesi per il reato attenuato previsto dall'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., aumentata, a seconda dei casi, della metà o di due terzi per la recidiva, cioè, rispettivamente, di dieci mesi o di tredici mesi e dieci giorni. Per contro il giudizio di equivalenza, imposto dalla norma impugnata, comporta l'applicazione della pena di cinque anni di reclusione, determinando un aumento di tre anni e due mesi.

8.– Anche la censura relativa al principio di uguaglianza è fondata, perché, come ha rilevato la Corte rimettente, fatti anche di minima entità vengono, per effetto del divieto in questione, ad essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 609-bis cod. pen., per le ipotesi di violenza più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse, sia per le modalità, sia per il danno arrecato alla vittima.

Del resto, che si tratti di fatti sostanzialmente diversi, e quindi tali da non poter essere assoggettati alla stessa pena, emerge anche dalla giurisprudenza costituzionale che, come si è visto, giustifica l'introduzione dell'attenuante dei casi di minore gravità «quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato» (sentenza n. 325 del 2005).

9.– Deve pertanto dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 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 prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 609-bis, terzo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all’art. 99, quarto comma, cod. pen.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 14 aprile 2014.

F.to:

Gaetano SILVESTRI, Presidente

Giorgio LATTANZI, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 18 aprile 2014.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Gabriella MELATTI

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.