

Christian CORBI  
Luigi NONNE

Francesco LOSCHI

Luca IERA

# MANUALE UNICO dei CONTRASTI

---

Civile ▪ Penale ▪ Amministrativo

Analisi d'autore  
dei più importanti contrasti giurisprudenziali

III edizione 2022

  
**Neldiritto**  
**Editore**

territoriale che lo consenta (in virtù di interventi di pianificazione perequativa, compensativa e incentivante). Conseguenza fondamentale di tale previsione è stata l'applicazione dell'art. 2644 c.c. ai trasferimenti di volumetria, con l'effetto di rendere inopponibili al terzo acquirente la costituzione, il trasferimento o la modificazione dei diritti edificatori, qualora non trascritti o trascritti successivamente.

La **cessione di cubatura "tradizionale"** costituisce lo strumento negoziale di tipo residuale e di applicazione generale, cui si potrà sempre far ricorso in assenza di una disciplina di legge o di uno strumento di pianificazione urbanistica che espressamente regoli la cessione di diritti edificatori<sup>12</sup>.

La diffusione della cessione di cubatura così intesa ha portato nel tempo ad una sua standardizzazione dello schema negoziale, in virtù del quale si individuano vari passaggi teleologicamente concatenati:

- I proprietari di fondi appartenenti ad un'area urbanisticamente omogenea stipulano un negozio avente ad oggetto il trasferimento delle potenzialità edificatorie. La **stipula** presuppone l'**individuazione dei due fondi**: il fondo di "**decollo**", dal quale verrà scorporata l'*utilitas* consistente nella cubatura, e il fondo di "**atterraggio**" che beneficerà della volumetria maggiorata per effetto del *surplus* edificatorio risultante dalla cessione.
- Il cedente assume l'obbligo di non chiedere al Comune il rilascio dei titoli abilitativi all'uso della volumetria ceduta: si tratta del c.d. **atto di asservimento**, che costituisce un **vincolo di inedificabilità** sul fondo di decollo. Detto vincolo è poi trascrivibile ai sensi dell'**art. 2645 – quater** c.c.;<sup>13</sup>
- L'obbligo del cedente a prestare il **consenso al rilascio del permesso di costruire maggiorato** in favore del cessionario, solitamente manifestantesi con l'adesione del primo all'istanza presentata dal secondo;
- L'apposizione di una **condizione sospensiva o risolutiva**, a seconda dei casi, dell'efficacia della stipulazione avente ad oggetto l'avvenuto o mancato rilascio del titolo abilitativo maggiorato da parte del Comune in favore del cessionario.

Le differenze tra i due istituti emergono su più versanti:

- sul fronte della **individuazione dei fondi**, laddove solo nella cessione di cubatura "tradizionale" è necessaria la previa individuazione del fondo di decollo/atterraggio, mentre la cessione di diritti edificatori in senso stretto prescinde dalla individuazione e finanche dalla titolarità del fondo di destinazione da parte del cessionario;

---

<sup>12</sup> L. GENGHINI – S. PERTOLDI, *I singoli contratti*, in "Manuali Notarili", Wolters Kluwer CEDAM, I, Padova, 2020, pp. 135 e 136.

<sup>13</sup> In tal senso GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in Trattato della trascrizione, diretto da E. GABRIELLI E F. GAZZONI, II Utet Giuridica, Torino, 2012 p. 230.

## 3

## Il concorso eterogeneo di circostanze, con particolare riferimento alla disciplina applicabile in caso di equivalenza tra circostanze attenuanti e circostanze aggravanti cc.dd. privilegiate.

◆ Cassazione penale, Sez. Un., 29 aprile 2021, n. 42414.

*«Le circostanze attenuanti che concorrono sia con circostanze aggravanti soggette a giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 c.p., sia con circostanza che invece non lo ammette in modo assoluto, devono essere previamente sottoposte a tale giudizio e, in caso di ritenuta equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta – per il reato aggravato da circostanza “privilegiata” – se non ricorresse alcuna di dette circostanze».*

◆ **SOMMARIO:** 1. La questione di diritto. 2. La focalizzazione. 2.1. La disciplina del concorso eterogeneo tra circostanze privilegiate e circostanze non privilegiate: una questione aperta. 2.2. La prima tesi. 2.3. La seconda tesi. 2.4. La presa di posizione delle Sezioni Unite: l'applicazione della pena prevista per il reato aggravato da circostanza “privilegiata” in caso di equivalenza delle circostanze bilanciabili. 3. Spunti problematici. ◆ 4. Approfondimenti e letture.

### 1. La questione di diritto.

Con l'entrata in vigore della normativa in materia di antiterrorismo agli inizi degli anni '80, il legislatore ha iniziato ad introdurre nel sistema un catalogo sempre più ampio di circostanze, per lo più aggravanti, sottratte al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. (c.d. circostanze “**privilegiate**” o “**blindate**”), con il fine di ridimensionare il potere discrezionale del giudice nella fase di determinazione della pena. Più in dettaglio, il carattere “blindato” di siffatte circostanze mira ad evitare un eccessivo ammorbidimento della risposta sanzionatoria a fronte del contestuale riconoscimento di circostanze attenuanti (specie quando generiche *ex art. 62 bis c.p.*).

Basti pensare, a titolo esemplificativo, agli **artt. 280, comma 5, e 280 bis, comma**

**5, c.p.**, che prevedono le aggravanti delle *lesioni gravi o gravissime* e della *morte*, rispettivamente, nell'*attentato per finalità terroristiche o di eversione* e negli *atti di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi*: siffatte circostanze non sono bilanciabili con concorrenti attenuanti, salvo che ricorrano le attenuanti di cui agli artt. 98 e 114 c.p. Tra le ipotesi di più recente introduzione, può essere richiamato l'**art. 624 bis, comma 4, c.p.**, introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, in materia di furto in abitazione e furto con strappo aggravati dalle **circostanze di cui all'art. 625 c.p.**: in modo analogo, tali circostanze non sono bilanciabili con concorrenti attenuanti, salvo che si tratti delle attenuanti di cui agli artt. 98 e 625 *bis* c.p.

Ma le disposizioni sono in realtà plurime e di carattere eterogeneo (tra le altre, possono essere citate le circostanze di cui agli **articoli 628, comma 5 c.p., 416bis.1, comma 2 c.p., 604 ter, comma 2 c.p., art. 186septies, comma 2 Codice della strada**).

Tale tendenza normativa trova verosimilmente una sua giustificazione negli effetti determinatisi, sul versante sanzionatorio, a seguito dell'introduzione della **legge 7 giugno 1974, n. 220**: la legge di riforma aveva ampliato il **catalogo delle circostanze bilanciabili ex art. 69 c.p.**, includendovi anche quelle autonome, indipendenti e ad effetto speciale, invece escluse dal giudizio di comparazione nella versione primigenia del codice Rocco proprio in considerazione del loro ritenuto maggior disvalore. Dato il carattere omnicomprensivo che caratterizza da allora il giudizio di bilanciamento, il legislatore, attraverso l'introduzione di aggravanti blindate, ha inteso pian piano porre dei limiti alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, avendo riguardo a fattispecie criminose di particolare gravità.

Le **circostanze "privilegiate"** in esame possono appartenere a due distinti tipi:

- a) privilegiate **a base totale**, in relazione alle quali, all'esito del giudizio di comparazione, le circostanze attenuanti non possono mai risultare né prevalenti, né equivalenti;
- b) privilegiate **a base parziale**, in relazione alle quali, all'esito del bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, le circostanze attenuanti possono essere dichiarate equivalenti, ma mai prevalenti.

Entrambe le due categorie di circostanze hanno posto dei problemi di ordine interpretativo in relazione all'operatività in concreto del "meccanismo di blindatura".

### ◆ Il Caso

*Il procedimento che ha condotto alla pronuncia della Sezioni Unite prende le mosse da una vicenda nell'ambito della quale, a seguito di giudizio abbreviato, tre imputati venivano condannati per aver commesso, in concorso tra loro, il reato di furto in abitazione aggravato, ai sensi degli articoli 110, 624 bis c.p., 625 n. 2, 4 e 5, 61 n. 5 c.p.*

*Conclusosi il giudizio di secondo grado innanzi alla Corte di appello di Milano con la conferma della decisione di condanna del giudice di prime cure, i difensori degli imputati propongono ricorso per Cassazione.*

*Uno dei ricorrenti – recidivo reiterato ex art. 99, comma 4 c.p. – censura, per quanto in questa sede di interesse, l'errore del Giudice di merito nella individuazione del trattamento sanzionatorio riservatogli: l'organo giudicante avrebbe errato nel calcolo della pena per aver limitato il giudizio di bilanciamento alle sole circostanze eterogenee non privilegiate e, conseguentemente, per aver determinato la pena finale sulla scorta della sola circostanza aggravante privilegiata (art. 624 bis, commi 3 e 4 e art. 625 c.p.), all'esito di una valutazione di equivalenza tra attenuanti e aggravanti.*

*La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la pronuncia in epigrafe, ha analizzato la questione concernente la disciplina del concorso eterogeneo tra circostanze privilegiate e circostanze non privilegiate ed è giunta a formulare un condivisibile principio di diritto valido per tutte le ipotesi in cui, all'esito del giudizio di comparazione, il giudice si sia orientato nel senso dell'equivalenza delle circostanze bilanciabili.*

## 2. La focalizzazione.

### 2.1. La disciplina del concorso eterogeneo tra circostanze privilegiate e circostanze non privilegiate: una questione aperta.

La **disciplina del concorso tra circostanze eterogenee (aggravanti e attenuanti)**, di norma regolata dall'art. 69 c.p., pone non pochi problemi applicativi allorché ci si trovi in situazioni in cui ad essere contestate siano *i*) circostanze (aggravanti) privilegiate, e *ii*) circostanze aggravanti e attenuanti soggette all'ordinario giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.

Le ipotesi in questione, infatti, non trovano alcuna specifica regolamentazione nel dettato codicistico.

Molto di frequente, il legislatore nell'enunciare il carattere "blindato" di una circostanza, si limita a disporre che le circostanze attenuanti concorrenti con una o determinate aggravanti (ossia quelle "**privilegiate**"), non possono essere ritenute prevalenti, e in alcuni casi nemmeno equivalenti, rispetto alle prime, sicché le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti.

In tal senso, ad esempio, può richiamarsi la formulazione testuale dell'art. 624 bis, comma 4 c.p.<sup>14</sup>, che – con riferimento al reato di furto in abitazione o con strappo

---

<sup>14</sup> Ai sensi della disposizione richiamata: *Le circostanze attenuanti concorrenti con una o più aggravanti (...) non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e*

– conferisce la portata di circostanze privilegiate alle aggravanti di cui all'art. 625 c.p. Più in generale, possono presentarsi nella prassi varie situazioni che – tenendo anche conto del lacunoso dettato normativo – si prestano ad essere risolte attraverso letture interpretative delle disposizioni in esame assai diverse.

L'orientamento più recente della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione sembra suggerire l'esclusione *a priori* della circostanza “blindata” dal giudizio di comparazione, sicché quest'ultimo dovrebbe riguardare soltanto le circostanze non privilegiate (Cass. pen., Sez. IV, 21 settembre 2017, n. 53280).

Più in dettaglio, ad avviso di siffatto indirizzo interpretativo, nelle **ipotesi di concorso tra aggravante privilegiata ed ulteriori circostanze aggravanti e attenuanti non blindate**, occorrerebbe sempre procedere anzitutto al giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 cod. pen. tra le circostanze «bilanciabili e, sul risultato così ottenuto, applicare le ulteriori regole di calcolo dettate per l'aggravante privilegiata».

Diversamente, «*si perverrebbe al risultato incongruo per cui la sola presenza di una circostanza "privilegiata" determinerebbe una estensione del regime di "privilegio" a tutte le altre circostanze coesistenti, sottraendole al bilanciamento*» (Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2018, n. 47519).

Un argomento a favore di questa tesi si ricava in modo speculare dalla decisione delle **Sezioni Unite del 2010** relativa all'attenuante della “dissociazione attuosa” prevista dall'art. 8, d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991 n. 203 (Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 10713): secondo le Sezioni Unite, «*ove ricorrano altre circostanze attenuanti ed aggravanti, il giudizio di comparazione deve sempre precedere l'applicazione dell'attenuante "privilegiata"*».

Seguendo tale impostazione, pertanto, in caso di concorso tra una **circostanza aggravante privilegiata** e altre circostanze non blindate aggravanti e attenuanti, ne deriverebbe che:

- a) in caso di giudizio di **prevalenza delle attenuanti** (tra le circostanze bilanciabili), la diminuzione per effetto della prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti non privilegiate dovrebbe operare solo dopo l'aumento della pena edittale per effetto dell'aggravante privilegiata;
- b) in caso di giudizio di **minusvalenza delle attenuanti** (tra le circostanze bilanciabili), non opererebbe alcuna diminuzione e il giudice dovrebbe procedere solo con gli aumenti di pena per ciascuna delle aggravanti, inclusa quella privilegiata, ai sensi dell'art. 63 c.p. (disposizione che disciplina il concorso omogeneo di circostanze);
- c) in caso di giudizio di **equivalenza delle attenuanti con le aggravanti**, non è chiaro se il giudice debba aumentare la pena in considerazione dell'aggravante privilegiata e poi diminuirla per effetto delle attenuanti riconosciute equivalenti (determinando in tal caso la pena nello stesso modo in cui si farebbe in caso di prevalenza), oppure se debba limitarsi ad

---

*le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti”*

aumentare la pena per effetto dell'aggravante privilegiata senza operare successivamente alcuna diminuzione.

Su questa ultima ipotesi di **concorso tra aggravante privilegiata ed ulteriori circostanze bilanciabili ritenute equivalenti**, si è concentrato il dibattito della giurisprudenza di legittimità della quinta sezione della Corte di Cassazione.

## 2.2. La prima tesi.

Secondo una prima impostazione ermeneutica (*Cass. pen. Sez. V, 26 febbraio 2020, n. 19083*), il **riconoscimento di un'eventuale circostanza attenuante**, posta in bilanciamento con una o più circostanze aggravanti non privilegiate, **comporta sempre** - tranne che sia ritenuta minusvalente - **una diminuzione della pena autonomamente determinata in forza della aggravante privilegiata**, esclusa per legge dalla comparazione.

Questa tesi, in sostanza, si esprime favorevolmente alla diminuzione della pena determinata in considerazione dell'aggravante privilegiata anche quando, all'esito del bilanciamento delle circostanze bilanciabili, le attenuanti siano state riconosciute equivalenti.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte sopra richiamata, viene affermato che *«in tema di furto in abitazione, qualora più circostanze aggravanti ed attenuanti soggette a giudizio di comparazione concorrano con la circostanza aggravante privilegiata di cui agli artt. 624-bis, terzo comma, e 625 cod. pen., sulla pena determinata in ragione dell'aumento applicato per questa, sottratta al giudizio di comparazione, deve essere calcolata la diminuzione per le eventuali attenuanti riconosciute, ancorché queste siano state separatamente assorbite con giudizio di equivalenza nel bilanciamento con altre aggravanti non privilegiate»*.

Un primo **argomento di carattere testuale** si ricava in tal senso dall'**art. 624-bis comma 4 c.p.**, che *“per l'appunto, prevede che sulla pena determinata ai sensi del terzo comma dello stesso articolo debba essere applicata la diminuzione relativa a queste ultime (attenuanti, n.d.r.)»*.

Viene richiamato, inoltre, **principio di proporzionalità della pena** al quale deve essere ricondotta anche la disciplina delle circostanze "privilegiate": tale principio impone che non debba mai essere vanificato l'effetto mitigatore delle circostanze attenuanti sulla circostanza aggravante "privilegiata", salva l'ipotesi di una loro dichiarata minusvalenza. In tal modo il giudizio di bilanciamento tra circostanze viene scisso e riservato alle sole circostanze aggravanti ed attenuanti non assistite dal "privilegio" e viene valorizzata per ciascuna circostanza aggravante "privilegiata" la propria disciplina di riferimento nel rapporto con le circostanze attenuanti riconosciute.

Secondo tale impostazione, quindi, la pena può essere quantificata nel modo più aderente al caso concreto, seguendo **un'interpretazione costituzionalmente orientata** conforme della disciplina dei rapporti tra circostanze "privilegiate" e

senza "privilegio". In quest'ottica, *«le norme che configurano il "privilegio" in relazione ad alcune aggravanti (oltre all'art. 624bis, quarto comma, cod. pen. l'art. 628, quinto comma, cod. pen., l'art. 416-bis. 1, secondo comma, cod. pen. l'art. 604ter, secondo comma, cod. pen., l'art. 186-septies, comma 2, codice della Strada) possono e devono dunque essere interpretate nel senso per cui, una volta sottratta l'aggravante ad un compiuto giudizio di bilanciamento, comunque sulla pena determinata in ragione dell'aumento applicato per la stessa **deve essere calcolata la diminuzione per le eventuali attenuanti riconosciute, ancorché queste siano state separatamente assorbite con giudizio di equivalenza nel bilanciamento con altre aggravanti non privilegiate**»*. (in tal senso *Cass. pen. Sez. V, 26 febbraio 2020, n. 19083*).

### 2.3. La seconda tesi.

Un diverso indirizzo interpretativo (*Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2018, n. 47519*) esclude in radice ogni incidenza sul computo della pena indicata in relazione all'aggravante "privilegiata" di circostanze attenuanti che siano state "neutralizzate" da una precedente valutazione di equivalenza rispetto alle circostanze aggravanti.

Infatti, la sottrazione della circostanza aggravante "privilegiata" al bilanciamento – il quale opera in modo assoluto solo tra le circostanze attenuanti e le circostanze aggravanti "non privilegiate" – comporta che la pena determinata per effetto della aggravante "privilegiata" può essere diminuita solo nel caso in cui il giudizio di bilanciamento tra circostanze bilanciabili si sia concluso valutando prevalenti le circostanze attenuanti sulle aggravanti.

Tale soluzione si muove nel rispetto della **ratio sottesa alla previsione del "privilegio"**: quella di impedire, cioè, la neutralizzazione dell'aggravante blindata attraverso il giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti bilanciabili, in virtù del particolare disvalore dell'elemento circostanziale che esige un trattamento sanzionatorio in misura aggravata e perciò viene dotato dal legislatore di particolare "resistenza".

In conclusione, secondo tale orientamento, **la diminuzione della pena sull'entità di essa risultante dall'aumento relativo alla aggravante privilegiata, opererebbe solo nel caso in cui l'attenuante risulti prevalente all'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze non blindate**.

### 2.4. La presa di posizione delle Sezioni Unite: l'applicazione della pena prevista per il reato aggravato da circostanza "privilegiata" in caso di equivalenza delle circostanze bilanciabili.

Alla luce del contrasto sorto all'interno della V sezione della Corte di Cassazione, con decreto del 2 marzo 2021 è stata rimessa d'ufficio – *ex art. 610, comma 2*



c.p.p. – la seguente questione: *«se le circostanze attenuanti, pur riconosciute equivalenti nel bilanciamento con concorrenti circostanze aggravanti, debbano produrre ugualmente il proprio effetto di attenuazione della pena risultante dal computo dell'aggravamento dovuto a circostanze aggravanti privilegiate».*

Le Sezioni unite hanno dato al quesito **risposta negativa**, formulando il principio di diritto secondo cui *«le **circostanze attenuanti** che concorrono sia con circostanze aggravanti soggette a giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 cod. pen. che con circostanza che invece non lo ammette in modo assoluto, debbono essere previamente sottoposte a tale giudizio e, se sono ritenute equivalenti, si applica la pena che sarebbe inflitta – per il reato aggravato da circostanza “privilegiata” – se non ricorresse alcuna di dette circostanze».*

Le Sezioni Unite argomentano la propria decisione seguendo un percorso logico-giuridico che investe molteplici aspetti.

Ad avviso del Collegio, anzitutto, se – anche a fronte di un giudizio di equivalenza delle attenuanti – si procedesse, prima, all'aumento della pena in ragione della circostanza blindata e, successivamente, alla diminuzione della stessa in virtù di attenuanti riconosciute equivalenti, **si rischierebbe di invalidare il giudizio di comparazione che consente una concreta valutazione di gravità del fatto da parte giudice**, posto che è proprio in fase di bilanciamento che l'organo giudicante è chiamato a tenere conto della sussistenza di circostanze tra loro eterogenee e non gli è certamente consentito di sottrarre al giudizio di bilanciamento circostanze (attenuanti o aggravanti) che non risultino munite di "privilegio".

Diversamente, peraltro, vi sarebbe il rischio di una **"doppia" applicazione delle attenuanti**, destinate ad operare in un primo momento con effetti "neutri" all'esito del giudizio di bilanciamento e, successivamente, con effetti "concreti".

L'argomento testuale rilevante in forza del disposto di cui all'**art. 624bis, comma 4 c.p.** e valorizzato dalla tesi contrapposta può essere agevolmente superato: l'indirizzo in questione trascura infatti che tale ultima disposizione è concepita per il diverso caso in cui non venga in considerazione la necessità di bilanciamento delle attenuanti con aggravanti diverse da quella ivi prevista.

Una diversa interpretazione del dato normativo risulterebbe pure in contrasto con la **volontà del legislatore** che, come la stessa Corte costituzionale ha chiarito con le sentenze nn. 38 e 194 del 1985 e n. 88 del 2019, è ben libero di *«dare un diverso ordine al gioco delle circostanze».*

A voler seguire il contrapposto orientamento, peraltro, sia le circostanze attenuanti ritenute prevalenti che quelle giudicate solo equivalenti all'esito del giudizio di bilanciamento avrebbero la medesima incidenza sulla pena da comminare al reato di furto aggravato, **“in violazione del canone della ragionevolezza che impone di trattare situazioni diverse in modo diverso”.**

Il Collegio, inoltre, sembra voler evidenziare che gli elementi mitigatori riconosciuti come circostanze attenuanti generiche, "neutralizzate" dalla recidiva

reiterata, *“possono pur sempre trovare considerazione nell'ambito dei **criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 cod. pen., quando il giudice ritenga che il giudizio di equivalenza non abbia esaurito la portata attenuatrice delle circostanze riconosciute all'imputato nel caso specifico**”*.

Pertanto, in un caso come quello oggetto della vicenda all'attenzione della Suprema Corte, in cui il bilanciamento si concluda, in applicazione del disposto di cui all'art. 69, comma 4, cod. pen., con un **giudizio di equivalenza** tra le circostanze attenuanti generiche e la recidiva, il computo finale deve arrestarsi alla modulazione della pena editale prevista *ex art. 624bis*, comma 4, c.p., ossia con il solo **aumento previsto per effetto della circostanza aggravante privilegiata**.

### 3. Spunti problematici.

Nell'eventualità in cui venga in gioco una delle **circostanze privilegiate a base parziale**, a cui sono riconducibili le ipotesi della **recidiva reiterata (art. 99, comma 4 c.p.)** e di alcune **aggravanti concorsuali (art. 111 c.p. e art. 112, comma 1 n. 4 c.p.)**, ad essere preclusa al giudice è la sola dichiarazione di prevalenza delle circostanze attenuanti, rimanendo impregiudicata la possibilità che le stesse siano valutate equivalenti: la conseguenza di tale meccanismo di “blindatura parziale” è la vanificazione dell'aumento di pena riconnesso alla contestazione dell'aggravante e la conseguente applicazione della pena del reato base.

In questa ipotesi le problematiche esaminate si manifestano in una diversa prospettiva, potendo comunque il giudice procedere alla valutazione comparativa del valore qualitativo delle circostanze.

La disciplina esposta non ha però mancato di suscitare forti perplessità in dottrina, soprattutto con riferimento al rischio di **incostituzionalità dell'art. 69, comma 4, c.p.**, essendo preclusa per i **recidivi reiterati** la possibilità di beneficiare di qualsiasi diminuzione di pena, anche a fronte di circostanze attenuanti di particolare rilevanza.

Il trattamento sanzionatorio da irrogare in questi casi, pertanto, potrebbe non rispecchiare il concreto disvalore del fatto, in violazione dei principi di colpevolezza e uguaglianza.

Secondo il consolidato orientamento della Corte di cassazione, tuttavia, *“la recidiva è una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra l'autore e il fatto che deve risultare sintomatico, in riferimento alla tipologia dei reati progressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale (Sez. Un., n. 35738 del 27/05/2010, Calibè; Sez. Un., n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato)”*.

In virtù di tale principio di diritto, deve essere ripudiato qualsiasi automatismo, nonché qualsiasi presunzione di connessione tra lo *status* della persona e il reato

commesso: la Corte di Cassazione valorizza pertanto, il carattere discrezionale della valutazione della recidiva, con obbligo motivazionale sul punto (Sez. U, n. 20798 del 2011, Indelicato; Corte cost. sent. n. 192 del 2007; ord. n. 409 del 2007, n. 33 del 2008, n. 90 del 2008, n. 193 del 2008, n. 257 del 2008; sent. n. 291 del 2010). Solo ove ritenuta sussistente e concretamente applicata dal giudice, la recidiva rientra nel giudizio di comparazione di cui all'art. 69 cod. pen., nel rispetto del principio di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.).

In tema di **giudizio di bilanciamento tra le circostanze attenuanti e la recidiva ex art. 99, comma 4, c.p.**, più in dettaglio, la Corte ritiene che *“non sia affatto irragionevole la disciplina dettata dall'art. 69, quarto comma, cod. pen., che non consente una valutazione di prevalenza delle circostanze attenuanti, ma solo di minusvalenza od equivalenza, atteso che non sussiste alcun automatismo nel riconoscimento della sussistenza della recidiva, la quale, come detto, non corrisponde ad un mero status desumibile dal certificato penale, ma rappresenta una concreta espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale in relazione al reato commesso, ove ritenuta sussistente dal giudice”*.

In tal caso, quindi, risulta legittimo l'aggravamento di pena, nonché idoneo a neutralizzare l'incidenza delle attenuanti.

La Corte Costituzionale, tuttavia, è intervenuta in più occasioni sul divieto di prevalenza delle attenuanti in relazione alla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p., sino ad ora censurato in relazione alle seguenti circostanze attenuanti:

- art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, che nella formulazione previgente prevedeva una circostanza attenuante per i fatti di lieve entità (*Corte cost., sent., 15 novembre 2012, n. 251*);
- art. 648, comma 2, c.p., che prevede una attenuazione di pena per le ricettazioni di “particolare tenuità” (*Corte cost., sent., 18 aprile 2014, n. 105*);
- art. 609-bis, comma 3, c.p., relativo alla violenza sessuale di minore gravità (*Corte cost., sent., 18 aprile 2014, n. 106*);
- art. 73, comma 7, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, che prevede una diminuzione dalla metà a due terzi della pena prevista per la detenzione illegale di stupefacenti e le connesse fattispecie di cessione e traffico nei confronti di chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti (*Corte cost., sent., 24 febbraio 2016, n. 74*);
- art. 219, comma 3, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, per i reati di bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito che abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità (*Corte cost., sent., 21 giugno 2017, n. 205*).

◆ **Approfondimenti e letture.**

Peccioli A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, in G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo (collana diretta da), *Itinerari di diritto penale*, Giappichelli, 2010.

Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 10713;

Cass. pen., Sez. IV, 21 settembre 2017, n. 53280;

Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2018, n. 47519;

Cass. pen. Sez. V, 26 febbraio 2020, n. 19083;

Cass. pen., Sez. Un., 29 aprile 2021, n. 42414.