

SULLA ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'APPLICAZIONE OBBLIGATORIA DELLA RECIDIVA ANCHE AI REATI DI PARTICOLARE GRAVITÀ E ALLARME SOCIALE

[Corte costituzionale, sent. 8 - 23 luglio 2015, n. 185](#)

di Federica Urban

Abstract. *Con la sentenza n. 185/2015, i giudici di palazzo della Consulta hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 99 comma 5 c.p., come sostituito dall'art. 4 della l. n. 251/2005 (c.d. legge ex Cirielli), limitatamente alle parole «è obbligatorio», sopprimendo così l'unica previsione di applicazione obbligatoria della recidiva ancora prevista. Ne consegue che il giudice, anche in caso di commissione di uno dei gravi reati elencati nell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., ha il dovere di accertare se, in concreto, la reiterazione del delitto sia espressione di più accentuata capacità a delinquere del reo. Nell'accertamento, il giudice deve utilizzare i criteri enucleati dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo alle ipotesi di recidiva facoltativa, previste dai commi precedenti della medesima disposizione, non potendo più basarsi unicamente sul titolo del reato commesso. La sentenza annotata si inserisce nel filone della giurisprudenza costituzionale che si occupa di verificare la legittimità degli automatismi sanzionatori e conferma l'importanza del potere discrezionale - ma non arbitrario - del giudice nell'individuazione della sanzione proporzionata e adeguata al caso concreto.*

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale. – 2. I principi sottesi. – 3. La disciplina della recidiva dopo la legge n. 251 del 2005. – 4. Le criticità della recidiva secondo la dottrina. – 5. La sentenza n. 185 del 2015 della Corte costituzionale. – 6. Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità sul giudicato. – 7. Considerazioni conclusive: sulla discrezionalità del giudice.

1. La questione di legittimità costituzionale.

L'art. 99, co. 5, cod. pen., come sostituito dall'art. 4 della l. 5 dicembre 2005, n. 251, prevede un'ipotesi di recidiva obbligatoria applicabile a chi abbia commesso uno dei delitti indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen.

È, questa, un'eccezione alla regola che sancisce, in via generale, il carattere facoltativo della recidiva, dovendo il giudice accertare in concreto se la commissione di

un nuovo illecito sia effettivamente espressione - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi - della maggior capacità a delinquere del soggetto.

Le questioni di legittimità costituzionale che hanno condotto alla pronuncia della Consulta che qui si annota erano due: l'una sollevata dalla Corte di cassazione, l'altra dalla Corte d'appello di Napoli¹.

Entrambe le Corti rimettenti lamentavano l'incostituzionalità dell'obbligo di cui all'art. 99, co. 5, cod. pen., evocando quali parametri di scrutinio gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

Segnatamente, si riteneva che l'art. 3 Cost. fosse stato violato sotto un duplice profilo.

Sotto quello della «*manifesta irragionevolezza della norma censurata*», posto che, a detta dei rimettenti, l'art. 99, co. 5, cod. pen. avrebbe introdotto un *discutibile automatismo* basato su una *presunzione assoluta* di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo, svincolata dall'accertamento fondato, in concreto, sui criteri applicativi individuati dalla giurisprudenza. Presunzione, quest'ultima, peraltro delineata dal legislatore con un *altrettanto discutibile riferimento alla categoria disomogenea dei reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen.* - disposizione, questa, pensata a fini processuali (durata delle indagini preliminari o sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare), senza alcuna correlazione con i presupposti della recidiva - .

E sotto il profilo dell'*identità di trattamento di situazioni diverse*, osservando le Corti rimettenti che, ad identica riconducibilità del nuovo delitto nel catalogo di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen., ben possono corrispondere situazioni differenti, connotate, dal punto di vista delle condizioni "sostanziali" di applicazione della circostanza, da profonda diversità, avuto riguardo, ad esempio, al tipo di devianza di cui i reati sono sintomatici o all'eventuale occasionalità della ricaduta. La norma contestata, inoltre, imporrebbe l'aumento della pena anche nell'ipotesi in cui esista un solo precedente, lontano nel tempo, di poca gravità e assolutamente privo di significato ai fini della recidiva.

Con riguardo all'art. 27, co. 3, Cost., i giudici rimettenti lamentavano che il denunciato automatismo ne avrebbe comportato la violazione sotto il profilo della *proporzionalità della pena*. La preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni "sostanziali" legittimanti l'applicazione della recidiva, avrebbe reso, infatti, la pena "sproporzionata"; pena che, in quanto tale, sarebbe avvertita come ingiusta dal condannato, con ciò vanificando, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la sua finalità rieducativa.

Di contro alle questioni sollevate, il Governo, a sostegno della legittimità della norma in esame, appuntava l'attenzione anzitutto sul notevole allarme sociale dei delitti elencati nell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen. che, proprio perché gravi, meritavano di essere puniti più severamente. Da ciò la ragionevolezza, *sub art. 3 Cost.*,

¹ [Cass. pen., sez. V, ord. 3 luglio - 10 settembre 2014, n. 37443](#), con nota di G.L. GATTA, in *questa Rivista*, 29 settembre 2014; Corte app. Napoli, sez. III, ord. 19 novembre 2014.

della norma scrutinata. In secondo luogo, l'Avvocatura riteneva possibile ricorrere a una soluzione interpretativa diversa da quella posta alla base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, tale da rendere conforme l'art. 99, co. 5, cod. pen. alle norme costituzionali richiamate. Si reputava, segnatamente, che, sebbene il giudice dovesse obbligatoriamente applicare la recidiva, gli sarebbe comunque sempre consentito di non disporre il corrispondente aumento di pena: egli poteva, infatti, ritenere prevalenti, *ex art. 69 cod. pen.*, eventuali circostanze attenuanti sulla recidiva in esame (purché non reiterata)² ovvero, in caso di concorso tra sole aggravanti (ad effetto speciale, come la recidiva), applicare l'aumento di pena previsto per la circostanza più grave *ex art. 63, co. 4, cod. pen.*³. Con ciò sarebbe preservato anche il principio di proporzionalità della pena *ex art. 27, co. 3, Cost.*

2. I principi sottesi.

Le censure formulate dai giudici rimettenti trovano la loro comune premessa fondante nell'assunto per cui la norma denunciata avrebbe introdotto un'indebita limitazione del potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto.

L'ipotesi più importante di potere discrezionale che il legislatore ha voluto o dovuto affidare all'autorità giudiziaria è, appunto, quella della determinazione della pena da irrogare nel caso concreto (art. 132 cod. pen.). Pena, questa, che deve costituire la risposta sanzionatoria adeguata alle concrete peculiarità, oggettive e soggettive, del caso (art. 133 cod. pen.)⁴.

² Si rammenta, infatti, che il divieto di prevalenza sancito dall'art. 69, co. 4, cod. pen. opera solamente nelle ipotesi di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, cod. pen. (peraltro, tale divieto è stato più volte oggetto di scrutinio di costituzionalità, come si dirà *infra*).

Allorché all'esito del giudizio di bilanciamento, la recidiva *ex art. 99 cod. pen.* risulti subvalente o equivalente rispetto a concorrenti attenuanti (nei limiti in cui ciò è consentito dall'art. 69 cod. pen.), essa produce comunque tutti gli effetti diversi e ulteriori rispetto all'aumento di pena, secondo quanto da ultimo affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza 27 maggio – 5 ottobre 2010, n. 35738, *Calibè*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 11, 1288.

³ Come specificato dalle Sezioni Unite nella sentenza 24 febbraio – 24 maggio 2011, n. 20798 (in *Dir. Pen. e Processo*, 2011, 7, 817), nemmeno la recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, co. 5, cod. pen. si sottrae alla regola stabilita dall'art. 63, co. 4, cod. pen. (tesi sostenuta, invece, da Cass., sez. II, 16 giugno 2009, n. 26517, in *CED Cassazione* 244723). Ampiamente, G.L. GATTA, [Le Sezioni Unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti a effetto speciale](#), in questa Rivista, 25 maggio 2011.

⁴ La stessa Corte costituzionale, già nella risalente sentenza del 24 giugno – 13 luglio 1970, n. 131, ha affermato che l'art. 25, co. 2, Cost. non stabilisce soltanto il principio di irretroattività della norma penale, ma «*dà, altresì, fondamento legale alla potestà punitiva del giudice; epperò è altrettanto vero che il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individuazione di questa, ossia dal suo adeguamento alle singole fattispecie. È perfettamente conforme al disposto costituzionale che la norma penale sia prefissata dalla legge in modo da consentire che la sanzione corrisponda alla specifica violazione concreta (sentenza n. 15 del 1962); e che la legge rimetta, con una certa ampiezza, al giudice la valutazione di situazioni e circostanze, lasciandogli un congruo ambito di discrezionalità per l'applicazione della pena (sentenza n. 26 del 1966)*».

Il principio di legalità delle pene, sancito nell'art. 25, co. 2, Cost., «*esige la differenziazione più che l'uniformità*»⁵. Tale differenziazione lungi dal porsi in contrasto con il principio di legalità, è espressione di altri e fondamentali principi costituzionali. Tra questi, il *principio di uguaglianza* (che impone, tra l'altro, di trattare diversamente fattispecie diverse), la necessaria *offensività* del fatto (al cospetto della quale, nessuna scelta o modulazione sanzionatoria può essere giustificata su connotati d'autore *sic et simpliciter*, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva di un maggior danno o di un maggiore pericolo per il bene giuridico tutelato), la *personalità della responsabilità penale* (che prescrive di ancorare il trattamento sanzionatorio al grado di colpevolezza), il *finalismo rieducativo della pena* (non realizzabile senza un'attenta considerazione della specificità che ciascuna vicenda presenta).

A ciò si aggiunga anche il *principio di proporzionalità* tra qualità e quantità di sanzione e offesa, che ha trovato espresso riconoscimento nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, nella quale (art. 49, co. 3) si stabilisce, in negativo, che «(l')*intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato*». La proporzionalità può declinarsi anche quale criterio generale di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire.

E così, il paradigma costituzionale, arricchito da fonti sovranazionali, è oggi alla base di crescenti aspettative rispetto a talune irrazionalità della politica criminale⁶. Ne deriva che il legislatore è tenuto ad articolare il sistema sanzionatorio in modo da consentire un adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte con le sentenze di condanna, riconoscendo appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice.

Invero, la Corte costituzionale continua a confermare che il limite della *political question* consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine al contenuto delle condotte punibili, alle tecniche di tutela e alla configurazione del trattamento sanzionatorio siano “manifestamente” irragionevoli (a pena di inammissibilità *ex art. 28 della l. n. 87/1953*).

A ben vedere, la norma oggetto di scrutinio introduce un “*automatismo sanzionatorio*” correlato a una *presunzione iuris et de iure di pericolosità sociale* del recidivo resosi autore di un delitto non colposo compreso tra quelli elencati nell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen.

Si tratta di valutare se tale automatismo sia ragionevole o meno, a fronte dei caratteri di “perpetuità” e “genericità” propri della recidiva che si configura a prescindere dal tempo trascorso dalla condanna precedente e dalla identità dell'indole fra il nuovo delitto e quelli anteriormente commessi.

⁵ Corte cost. 2 - 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 733, con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*.

⁶ V. MANES, [I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 99.

3. La disciplina della recidiva dopo la legge n. 251 del 2005.

Prima di analizzare più approfonditamente la decisione che qui si annota, si rende necessario un breve cenno sulla disciplina delle varie forme di recidiva applicabili a seguito della modifica apportata dall'art. 4 della legge n. 251/2005.

Nelle enunciate intenzioni del legislatore, tale novella era tesa ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio, globalmente inteso, delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato⁷.

La riforma induce, *prima facie*, l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla modifica attuata nel 1974⁸, con conseguente riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice⁹.

L'irrigidimento della recidiva non si esaurisce sul piano degli aumenti di pena, ma investe una serie di istituti del diritto penale sostanziale e del diritto penitenziario¹⁰. Tra gli istituti di diritto sostanziale, si annoverano: il concorso di circostanze *ex art.* 69 cod. pen.; il reato continuato e il concorso formale di reati *ex art.* 81 cod. pen.; le circostanze attenuanti generiche *ex art.* 62-bis cod. pen.; la prescrizione del reato *ex artt.* 157 ss. cod. pen. Sotto il profilo dell'esecuzione della pena, sono state introdotte limitazioni per il recidivo - segnatamente, per il recidivo reiterato - nell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione¹¹.

⁷ Si tratta di una riforma della recidiva che si inserisce nella linea - minoritaria nel panorama europeo - di una forte rivalutazione dell'istituto; essa richiama alla mente le leggi americane cc.dd. dei "tre colpi e sei fuori". E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2-3, 2007, 515.

⁸ Art. 9, d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220.

⁹ Sulle tappe dell'evoluzione normativa dell'istituto della recidiva (regimi del 1930, del 1974 e del 2005) si vedano: S. RICCIO, voce *Recidiva*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1964, 1959; L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 68; T. MARTINA, voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991; P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IX, Torino, 1996, 359. Si veda altresì: A. BARAZZETTA, A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva: analisi della legge 5 dicembre 2005*, n. 251 (ex Cirielli), Padova, 2006.

¹⁰ Per una panoramica delle modifiche normative riguardanti il trattamento della recidiva ad opera della legge n. 251/2005, si veda L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, Milano, 2006, 37; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. e processo*, 2, 2006, 175; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2015, 1161; G. PIFFER, [I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva](#), in *questa Rivista*, 30 dicembre 2010; ma anche E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. Quest'ultimo scrive che, stante gli effetti della recidiva su istituti di diritto penitenziario, «ogni spiraglio verso l'obiettivo della rieducazione del condannato si chiude definitivamente». Si veda infine anche R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2013, 1695: l'Autore considera la trasformazione subita nel tempo dalla recidiva: da istituto che incideva soltanto sulla gravità della pena è divenuta un istituto che, attraverso gli effetti indiretti, è oggi in grado di limitare o precludere l'applicazione di una miriade di istituti favorevoli al reo collocati in fase di irrogazione ed esecuzione della pena.

¹¹ T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006, 32 ss. L'Autore sostiene che l'effetto congiunto di tali modifiche legislative - per lo più mirate sulla disciplina della recidiva reiterata - è quello di stringere «con occhiuta determinazione il cappio sanzionatorio intorno al collo del recidivo».

Come si sa, l'art. 99 cod. pen. struttura la disciplina della recidiva - il cui ambito di operatività concerne i soli delitti non colposi¹² - attraverso la previsione di una sequenza di forme di recidiva in ordine crescente di gravità: recidiva semplice (co. 1), recidiva aggravata (co. 2), recidiva pluriaggravata (co. 3), recidiva reiterata (co. 4)¹³.

La recidiva qualificata ex art. 99, co. 5, cod. pen. - che ricorre, come già detto, quando il nuovo delitto commesso rientra tra quelli considerati di particolare gravità e allarme sociale - non costituisce, invece, una forma autonoma di recidiva, ma solo una particolare manifestazione delle fattispecie di cui ai commi precedenti. La sua funzione è, infatti, quella di prefigurare, in rapporto a ciascuna delle forme di recidiva facoltativa, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria, rispetto alle quali l'aggravamento di pena non può essere inferiore a un terzo¹⁴.

Per tutti i casi di recidiva testé menzionati vale il limite - previsto già nella formulazione antecedente al 2005 - dell'aumento della pena indicato all'ultimo comma dell'art. 99 cod. pen. («*In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo*»). Come osservato dalla dottrina, la scelta - giudicata ragionevole - di conservare questa disposizione, quale norma di chiusura dell'intera disciplina della recidiva (riferibile anche alle ipotesi di recidiva obbligatoria), fa sì che essa assuma un rilevantissimo argine contro taluni degli eccessi ai quali, sul piano della misura della pena, potrebbe portare il disposto dell'attuale art. 99 cod. pen.¹⁵.

¹² Tagliando fuori dalla recidiva contravvenzioni e delitti colposi, il legislatore risparmia fasce di criminalità spesso connotate da una rilevante gravità e soprattutto da una accentuata vocazione alla ripetizione seriale, quali quelle della sicurezza del lavoro, dell'ambiente, della circolazione stradale, dell'attività medico-chirurgica, del diritto penale societario. In questo senso E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.; G. MARINUCCI, *La legge "ex Cirielli": certezza di impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006, 32; S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in A. BARAZZETTA, A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, cit., 53 ss; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 15 ss.

¹³ Per una lettura aggiornata dell'istituto si veda: E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 573 ss.

¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio - 24 maggio 2011, n. 20798, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 11, 1366, con nota di L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*; in *Giur. it.*, 2012, 3, con nota di M. MARINI, *Alcune annotazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale 24 febbraio 2011, n. 20798, in tema di recidiva*.

¹⁵ E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. L'Autore denuncia il rischio, oggi più consistente rispetto al passato, che la misura dell'aumento di pena, a norma dell'art. 99, co. 1-5, cod. pen., possa eccedere il cumulo delle pene inflitte con le precedenti condanne. Soprattutto attraverso la recidiva reiterata obbligatoria, di cui all'art. 99, co. 4 e 5, cod. pen., la carriera criminale del soggetto porta, automaticamente, a pene tanto severe quanto irragionevoli, del tutto sproporzionate rispetto alla gravità del fatto.

Le ipotesi di recidiva contemplate dai primi quattro commi sono facoltative, in ossequio alla lettura fornita dalla conforme giurisprudenza costituzionale¹⁶ e di legittimità¹⁷.

È, infatti, oramai assodato che l'avvenuta utilizzazione nei co. 3 e 4, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente "è", in luogo della voce verbale "può" (tuttora prevista dai co. 1 e 2), si riferisce, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena (*quantum*) conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata, lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso (*an*)¹⁸. In altri termini, le suddette ipotesi di recidiva sono state sottratte a una graduazione discrezionale della pena: il giudice potrà o meno applicare l'aumento di pena, ma, laddove decida di applicare la recidiva, lo dovrà fare nella misura predeterminata dal legislatore¹⁹.

¹⁶ Corte cost. 5 – 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 8, 997, con nota di G. DI CHIARA, "Legge Ex Cirielli", *recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento tra circostanze: questioni inammissibili di costituzionalità in attesa di consolidamenti interpretativi*.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, cod. pen., come sostituito dalla l. n. 251/2005, in quanto sollevate muovendo dal presupposto dell'obbligatorietà della recidiva reiterata, senza che fosse stata vagliata la praticabilità della diversa interpretazione che, attribuendo a tale tipo di recidiva carattere facoltativo, avrebbe fatto cadere l'automatismo oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, sulla base di un'asserita presunzione assoluta di pericolosità.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio – 5 ottobre 2010, n. 35738, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 11, 1288, con nota di A. MONTAGNA, *Patteggiamento e recidiva*; in *Giur. it.*, 2011, 7, con nota di A. TRUCANO, *Sull'obbligatorietà della recidiva*. Conforme, Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio – 24 maggio 2011, n. 20798, cit.

¹⁸ La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti penali riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di maggiore capacità a delinquere, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento: Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750; Cass. pen., sez. IV, 19 aprile 2007, n. 26412; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39134; Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2007, n. 29228. Nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost.: ord. nn. 198 e 409 del 2007; nn. 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; n. 171 del 2009 (ordinanze che dichiarano l'inammissibilità delle questioni).

¹⁹ Corte cost., ord. 31 marzo - 4 aprile 2008, n. 91: ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, co. 4, cod. pen., censurato in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost., nella parte in cui stabilisce che, nei casi di recidiva reiterata, la pena può essere aumentata nella misura fissa indicata, anziché "fino alla" misura stessa. La tendenziale contrarietà delle pene fisse al "volto costituzionale" dell'illecito penale deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide e articolazioni elastiche, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete, tanto più che, nell'ipotesi considerata, il giudice può a monte decidere discrezionalmente se applicare o meno l'aumento di pena per l'aggravante in questione. Si consideri, inoltre, che l'aumento di pena risulta fisso nella misura frazionaria, la quale si correla a un dato variabile, quale la pena base che il giudice può discrezionalmente determinare alla luce dei criteri stabilisti dall'art. 133 cod. pen. incidendo di riflesso anche sull'incremento connesso alla recidiva.

Pertanto, è compito del giudice verificare in concreto l'esistenza dei presupposti *formali e sostanziali* della recidiva²⁰. Il presupposto formale è dato dall'esistenza di una precedente condanna come risulta dell'esame del certificato del casellario²¹, mentre quello sostanziale risponde all'interrogativo se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di più accentuata capacità a delinquere dell'autore.

Il recidivo è, infatti, un soggetto che delinque volontariamente, pur dopo aver subito un processo e una condanna per un delitto non colposo, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale²².

Il nuovo delitto deve denotare, in chiave ambivalente, una *maggiore colpevolezza* (il soggetto deve cioè apparire particolarmente riprovevole per essersi dimostrato insensibile all'ammonimento derivante dalla precedente condanna) e una *accentuata capacità a delinquere* (in quanto la ricaduta nel delitto è indice della sua permanente inclinazione a delinquere)²³. In questo senso si parla, tradizionalmente, di natura *bidimensionale* della recidiva²⁴. Ciò non può che incidere sulla risposta punitiva sia in termini retributivi-proporzionali che in termini di prevenzione speciale.

La giurisprudenza ha individuato - in assenza di una elencazione normativa - una serie di criteri (o indici sintomatici) di corrente adozione che possono essere utilizzati dal giudice nel decidere se applicare, o meno, la recidiva facoltativa. Essi hanno riguardo: alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui sono segno, alla qualità

²⁰ Circa il ruolo della discrezionalità penale nella disciplina della recidiva e delle possibili conseguenze applicative, si veda G. CARUSO, *La discrezionalità penale: tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova, 2009, 208 ss.

²¹ Per aversi recidiva non basta, perciò, avere già commesso un precedente delitto non colposo, ma occorre che questo sia già stato accertato con una *sentenza definitiva di condanna* (anche straniera, se riconosciuta ex art. 12 cod. pen.: c.d. recidiva internazionale); e il giudicato deve essersi formato prima della commissione del nuovo delitto. Non si richiede, invece, che la pena sia stata scontata, poiché altrimenti si creerebbe una ingiustificata situazione di favore per chi si sottrae volontariamente all'esecuzione della condanna. Così, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2011, 651.

²² Non si tratta di un mero *status* soggettivo, come invece era l'aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11-bis, cod. pen.). La Corte costituzionale, in quella circostanza, ha avuto modo di ribadire che l'istituto della recidiva non è incostituzionale avendo come presupposto una sentenza definitiva di condanna riguardante solo delitti non colposi ed essendo fondato su una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo reato da questi commesso. Così, Corte cost. 5 - 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. it.*, 2011, 4, con nota di A. MATERIA, *Gli extracomunitari tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*. Si veda anche M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562.

²³ In giurisprudenza, in questo senso, Cass. pen., sez. VI, 16 luglio - 5 settembre 2008, n. 34702, *Ambesi*, in *CED Cassazione* 240706.

²⁴ L'ambivalenza della recidiva (che spiega anche le difficoltà del suo inquadramento dogmatico) è del resto insita nella stessa sistematica del Codice penale: mentre la disciplina base dell'istituto è collocata nel Libro I, Titolo IV (*"Del reo e della persona offesa dal reato"*), Capo II (*"Della recidiva, dell'abitudine, professionalità e della tendenza a delinquere"*), la sua disciplina come circostanza aggravante è collocata nel Capo II (*"Delle circostanze del reato"*), del Titolo III (*"Del reato"*) sempre del Libro I. Altri effetti della recidiva (c.d. effetti indiretti o collaterali) sono poi disciplinati nel contesto della normativa riguardante distinti istituti: amnistia, indulto, prescrizione, estinzione della pena per decorso del tempo, liberazione condizionale, riabilitazione. G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, cit.

e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti, al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e a ogni altro parametro significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza (espressione, questa, che rimanda evidentemente all'art. 133 cod. pen.).

Una volta ritenuti esistenti i presupposti di forma e di sostanza della recidiva, il giudice deve dichiararla, essendo esclusa la possibilità di esercitare la discrezionalità c.d. *bifasica*²⁵. E così, la recidiva, oltre ad essere "accertata" nei suoi presupposti, è anche "ritenuta" sussistente dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena - e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto mitigante di una circostanza attenuante - .

L'aumento di pena è, poi, "elastico" o "rigido" a seconda del tipo di recidiva considerato.

Viceversa, qualora la recidiva sia esclusa, essa non è più compresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena. Pertanto, non essendo stata "ritenuta", oltre a non produrre un aggravamento della pena, non entra neppure a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 cod. pen.²⁶.

²⁵ Sotto questo profilo tutte le circostanze debbono considerarsi obbligatorie: così F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 404 e 655. La "facoltatività" della recidiva, infatti, non può atteggiarsi come parziale o "bifasica" (così Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori gli ulteriori effetti penali della circostanza (ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto). In questo senso, Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit.

Di contro, per un recupero del sistema sanzionatorio a struttura bifasica soprattutto in sede di esecuzione: R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, cit. L'Autore ritiene che l'unico modo per rendere il sistema "razionale" è di riconoscere al giudice dell'esecuzione una valutazione in chiave di pericolosità sociale autonoma rispetto alla valutazione compiuta dal giudice della cognizione (tale da consentire, ad esempio, di anticipare la concessione della misura premiale prima del limite temporale previsto qualora vi siano elementi che consentano di ritenere che il recidivo non sia più pericoloso). L'Autore osserva che l'intero istituto della recidiva sarebbe affetto da un'insanabile contraddizione tale da renderlo irrazionale. Egli sottolinea come sia contraddittorio richiedere al giudice di effettuare in un'unica sede la valutazione della rilevanza di precedenti condanne, valutazione dalla quale discendono effetti diretti e indiretti, i quali muovono da *rationes* diverse e, tra loro, inconciliabili. Gli effetti diretti, in quanto incidenti sulla commisurazione della pena, rispondono alla *ratio* di maggiore colpevolezza; viceversa, gli effetti indiretti, specialmente quelli incidenti sull'esecuzione della pena, muovono da una *ratio* di maggiore capacità a delinquere. Il giudice, guardando ai primi, dovrebbe disporre l'aumento di pena solo se proporzionato alla colpevolezza, senza considerare l'attitudine del reo a commettere altri reati; viceversa, guardando ai secondi, dovrebbe dichiarare la recidiva, in un'ottica di special-prevenzione, solo se ritiene necessario un percorso di rieducazione più consistente, anche se ciò dovesse tradursi nella violazione del principio di proporzione della pena. L'Autore ritiene che, per ragioni di eguaglianza, uno stesso istituto non possa essere interpretato in un senso o nell'altro a seconda dell'effetto prodotto; da ciò la proposta di un giudizio bifasico.

²⁶ Non operano, in quel caso, neanche gli ulteriori effetti costituiti dal divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti (art. 69, co. 4, cod. pen.), dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale (art. 81, co. 4, cod. pen.), dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale (art. 444, co. 1-bis, cod. proc. pen.).

Gli effetti della nuova riforma della recidiva impongono al giudice, di merito e di legittimità, nell'ambito dei propri compiti, un adeguato obbligo motivazionale, inteso come congrua esplicitazione delle ragioni dell'esercizio del potere discrezionale nei casi di recidiva facoltativa e un controllo sulle argomentazioni svolte, reso in parte più pregnante dalle modificazioni introdotte nell'art. 606, co. 1, lett. e), cod. proc. pen., dalla legge n. 46 del 2006.

Nel caso di recidiva *ex art. 99, co. 5, cod. pen.*, l'anzidetta verifica da parte del giudice è preclusa.

L'aumento di pena consegue *obbligatoriamente e automaticamente* al mero riscontro formale della precedente condanna (c.d. delitto fondante) e dell'essere il reato oggetto della nuova condanna (c.d. delitto espressivo) compreso nell'elenco dell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen.; è, invece, del tutto indifferente che vi rientri anche il delitto oggetto della precedente condanna²⁷.

A differenza dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., il legislatore qui ha reso palese la sua intenzione di elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva. Sicché il giudice non dovrà, né potrà accertare in concreto se il nuovo episodio delittuoso sia indicativo di una maggiore capacità a delinquere del reo nei termini anzidetti. Egli, nell'applicare la pena prevista per il reato commesso, dovrà aumentarla, anche se l'aumento è privo di una reale giustificazione, oggettiva o soggettiva.

Si specifica, da ultimo, che la recidiva va obbligatoriamente (e specificamente) contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio e al diritto di difesa²⁸.

4. Le criticità della recidiva secondo la dottrina.

La dottrina ha spesso guardato con diffidenza all'istituto della recidiva che mal si concilierebbe con l'idea di *diritto penale del fatto*, avvicinandosi, viceversa, al *diritto penale dell'autore*²⁹.

²⁷ Così secondo la giurisprudenza maggioritaria. Si veda, *ex plurimis*: Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, cit., che ha optato, ancorché in un *obiter*, per l'orientamento che riconosce rilevanza al nuovo delitto. Conclusione che trova fondamento in vari argomenti: a) l'interpretazione sistematica del co. 5 alla luce dei commi precedenti, i quali fondano la sussistenza della recidiva sulla commissione del "nuovo" o di "altro" delitto; b) solo nel caso di recidiva specifica il legislatore ha espressamente attribuito rilievo anche alla omogeneità tra il reato oggetto della previa condanna e quello successivamente posto in essere.

²⁸ Si ritiene che l'obbligo del pubblico ministero di contestare la recidiva sorga sulla base del solo presupposto formale. Spetterà poi al giudice valutare la sussistenza del presupposto della maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, valutazione che sarebbe ingiustificatamente preclusa in mancanza di formale contestazione.

²⁹ E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. La diffidenza verso la recidiva si giustifica, a detta dell'Autore, dai portati della criminologia che mostrano gli scarsi risultati politico-criminali conseguiti nei vari ordinamenti attraverso questo strumento, nonché dalla prassi che tende ad applicare questo istituto quasi esclusivamente agli autori di reati contro il patrimonio (soggetti "*socialmente deboli*" che, stante l'ambiente problematico in cui vivono, "*inciampano ripetutamente*").

Configurata dal legislatore italiano quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole (art. 70 cod. pen.), la recidiva pregiudicherebbe un corretto rapporto tra misura della pena e colpevolezza per il singolo fatto³⁰.

A detta di molti, sarebbe preferibile considerare le precedenti condanne non quali circostanze del reato, ma quali elementi espressivi della capacità a delinquere del reo (art. 133, co. 2, cod. pen.) da esaminare al momento della commisurazione della pena in senso stretto³¹. In quella sede, l'esistenza di precedenti condanne potrebbe suggerire al giudice di applicare la pena "... verso l'alto", ossia verso il massimo edittale previsto per quel singolo fatto, in armonia con le linee complessive del nostro sistema penale³².

È bene notare, nondimeno, che, anche a voler considerare la recidiva nel quadro della commisurazione della pena (e non nell'ambito delle aggravanti), il giudice si deve ugualmente porre il problema della opportunità di scorgere nelle precedenti condanne l'indizio della sussistenza di un grado di maggiore capacità a delinquere, tale da giustificare lo spostamento "verso l'alto" della pena da irrogare.

³⁰ M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 99*, vol. II, 2005, 85: «L'opzione legislativa posta alla base (della recidiva) appare all'epoca attuale poco plausibile. In linea del tutto generale, infatti, l'accentuazione del ruolo delle qualificazioni soggettive di pericolosità sociale rischia di conferire uno spazio eccessivo all'autore del reato, a scapito del fatto di reato e della sua doverosa centralità in un diritto penale moderno, secondo un'istanza oggi ribadita anche dalla nostra Costituzione».

³¹ Di questo avviso: F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 657. In questo senso si è orientato il legislatore tedesco che nel 1986 ha abrogato l'istituto della recidiva: E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.

³² Sulla natura giuridica della recidiva si registrano due contrapposti orientamenti in dottrina. Il primo ritiene che la recidiva sia un elemento di commisurazione della pena ex art. 133 cod. pen. Il secondo, invece, considera la recidiva come una circostanza del reato ad effetto speciale (in quanto comporta un aumento di pena superiore a un terzo). La qualificazione nell'uno o nell'altro senso produce delle importanti conseguenze in punto di determinazione della pena. Se considerata quale circostanza in senso tecnico, la recidiva concorrerebbe con le altre circostanze e, ove ritenuta più grave delle altre, ai sensi dell'art. 63, co. 4, cod. pen., il giudice dovrebbe applicare un solo aumento di pena. Viceversa, considerata come elemento di commisurazione, essa rilevarebbe ai sensi dell'art. 133 cod. pen. nella determinazione della pena base (pena alla quale andrebbero poi applicati gli aumenti per le eventuali aggravanti sussistenti). Più approfonditamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 656-657.

Ne è sorto un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite che hanno confermato la piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante in senso tecnico: Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio - 24 maggio 2011, n. 20798, cit. Osservano le Sezioni Unite che tale qualificazione non è logicamente incompatibile con l'indubbia natura di circostanza soggettiva, inerente alla persona del colpevole, assegnata alla recidiva dall'art. 70 cod. pen. I criteri di classificazione delle circostanze, infatti, sono plurimi a seconda che si abbia riguardo ai contenuti (circostanze oggettive/soggettive), alla modalità di previsione legislativa (circostanze definite/indefinite; circostanze discrezionali/obbligatorie) e agli effetti applicativi (ad effetto comune/speciale).

La recidiva, quale circostanza del reato, presenta, tuttavia, alcuni profili peculiari, tanto che si parla comunemente di aggravante *sui generis*: così è da escludere che essa possa incidere sul regime di procedibilità. Problema questo che si è posto in giurisprudenza in relazione all'art. 640, co. 3, cod. pen., che prevede per il delitto di truffa la procedibilità d'ufficio qualora «ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante» (Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3152). Più approfonditamente, G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, cit.

Certo è che, prima della riforma del 2005, la dottrina non reclamava affatto una rivalutazione di tale istituto. Semmai auspicava - in linea con l'orientamento prevalente nella legislazione europea - un ripensamento dei caratteri di *genericità* e di *perpetuità* della recidiva, onde evitare che qualsiasi precedente condanna continui a "pesare" sul soggetto potenzialmente per tutta la vita³³.

La riforma della recidiva si avvicina alle leggi americane dei "*three strikes and you are out*".

Nondimeno, esiste una profonda differenza tra il sistema americano e quello italiano: l'ampia discrezionalità riconosciuta, nel diritto penale americano, sia al giudice sia agli organi del pubblico ministero che possono "contenere" l'applicazione della regola dei "*three strikes*". Quella discrezionalità non trova un equivalente nel diritto penale italiano. L'unico modo per limitare gli effetti che oggi discendono da tale istituto, nonché i caratteri della genericità e perpetuità della recidiva, è quello di riconoscere la facoltatività della sua applicazione³⁴. In altre parole, il regime di facoltatività della recidiva corrisponde all'interpretazione maggiormente conforme al principio di personalizzazione e necessaria finalizzazione della risposta sanzionatoria *ex art. 27, co. 1 e 3, Cost.*³⁵.

Invero, la dottrina non ha mancato di rilevare un fondamentale problema posto anche dalla regola della facoltatività, ossia quello della mancanza dei criteri-guida normativamente indicati in base ai quali dichiarare, o no, la sussistenza della recidiva³⁶. Nel passaggio da una definizione *formale-presuntiva* della recidiva a una *sostanziale*, il legislatore non ha saputo o voluto indicare i requisiti centrali che il giudice deve considerare ai fini del riconoscimento dell'istituto in esame. E il tema è reso più complesso dalla circostanza che non si è, qui, in presenza di una situazione di fatto di cui valutare la veridicità e la rilevanza penale, occorrendo piuttosto decidere quale valenza assegnare alla precedente sentenza definitiva di condanna, che si dà per data.

La mancata indicazione dei criteri di valutazione porta con sé il rischio di instaurare un sistema di "sovranità giurisdizionale"³⁷, difficilmente conciliabile con il

³³ E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. Su questa linea si era orientato il Progetto preliminare di riforma del Codice penale del 2001 (c.d. Progetto Grosso) che, nel restaurare i connotati di obbligatorietà che la recidiva presentava nel codice Rocco, aveva sottoposto l'istituto a stringenti limiti sia temporali sia qualitativi. La recidiva si riduceva alla sola ipotesi della recidiva specifica infra-quinquennale, per la quale si prevedeva un aumento della pena da un sesto a un quarto.

³⁴ E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.

³⁵ M. PANZARASA, [Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata](#), nota a Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio - 5 ottobre 2010, n. 35738, in *questa Rivista*, 26 novembre 2010.

³⁶ La dottrina, pur denunciando l'eccessiva discrezionalità riconosciuta dalla norma alla valutazione del giudice, si da ritenere per questo profilo la disposizione in contrasto con il principio di legalità (così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2012, 449; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 654), ha comunque cercato di valorizzare, quale parametro guida, la maggiore pericolosità che il soggetto già condannato ha manifestato con la realizzazione del nuovo delitto. Nella valutazione di tale profilo, il giudice dovrebbe verificare se, in concreto, la condanna precedente e la fase successiva dell'esecuzione abbiano offerto al condannato stimoli e opportunità a non delinquere in futuro, nonché le ragioni occasionanti il nuovo reato (così P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit.).

³⁷ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 655.

principio di legalità e utilizzabile negli opposti sensi - come la prassi insegna - della clemenza o del rigorismo, secondo le spinte emozionali del momento e le convinzioni personali³⁸.

Tuttavia, la difficoltà di enucleare criteri-guida non può giustificare l'introduzione di automatismi sanzionatori. Questi ultimi, legati a presunzioni *iuris et de iure*, sono destinati evidentemente a essere travolti da dichiarazioni di illegittimità da parte della Corte costituzionale, in quanto contrastanti con la regola della individualizzazione della pena.

Come sopra menzionato, la giurisprudenza ha cercato di colmare tale vuoto definendo la recidiva in termini bidimensionali - quale insensibilità etica all'obbligo di non violare la legge, dimostrata dal reo dopo la condanna e quale attitudine a commettere nuovi reati - e individuando una serie di criteri-guida che fungono da strumento necessario ad assicurare che, nel caso concreto, l'applicazione della recidiva sia coerente con il suo fondamento. Essi hanno riguardo, come visto, alla natura e all'omogeneità dei reati, al tipo di devianza di cui sono segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti.

Certo è che si tratta sempre di una soluzione giurisprudenziale, formalmente non vincolante per il giudice che *ex art. 101 Cost.* è subordinato solo alla legge e vincolato al rispetto della stessa.

Sarebbe, dunque, preferibile - per esigenze di certezza e di uguaglianza giuridica - un'elencazione normativa tale da fornire parametri sicuri sui quali fondare la valutazione del giudice nel caso concreto, e ciò anche per consentire un controllo successivo sulla correttezza della decisione presa³⁹.

La dottrina, all'indomani della riforma del 2005, ha, sin da subito, rilevato che l'eccezione alla facoltatività della recidiva di cui all'art. 99, co. 5, cod. pen., presenta seri dubbi di legittimità costituzionale.

Anzitutto, non è chiara la *ratio* sottesa alla recidiva obbligatoria: se di maggiore colpevolezza per il fatto, ovvero di maggiore pericolosità sociale dell'autore. A prescindere dalla soluzione che si intende accogliere, si riscontra comunque un profilo di irragionevolezza. Da un lato, infatti, si finirebbe per agganciare la maggiore colpevolezza alla constatazione della *mera gravità oggettiva* del reato commesso (senza che rilevi la ricostruzione, tipica nella recidiva facoltativa, del procedimento motivazionale del reo sul quale ha inciso il contro-motivo a non delinquere rappresentato dalla precedente condanna). Viceversa, se si muove da una *ratio* di maggiore capacità a delinquere, ci si trova in presenza di un'inammissibile *presunzione di pericolosità sociale*, priva di fondamento empirico⁴⁰.

³⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 655-656: «in un sistema penale, quale il nostro, ancorato al principio di legalità [...], se si vuole fondare l'istituto su più solide basi ontologiche, si deve restare fermi all'obbligatorietà della recidiva, limitandola però all'identità di indole dei reati ed alla temporaneità, o, altrimenti, indicando quanto meno i criteri-guida su cui fondare il recidivismo. Compito, quest'ultimo, non agevole».

³⁹ Sul problema di fondo della determinazione dei criteri legali di valutazione da utilizzare al momento della commisurazione della pena, si veda, tra gli altri: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 784.

⁴⁰ R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, cit.

Imporre incondizionatamente un aumento di pena esclusivamente in ragione dell'appartenenza del delitto a un elenco di carattere processuale appare irragionevole nell'ipotesi in cui il primo delitto commesso sia di modesta entità.

In secondo luogo, ci si è chiesti se il rinvio che l'art. 99, co. 5, cod. pen. fa all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen., sia coerente con lo scopo - che con tutta evidenza il legislatore si proponeva - di selezionare una gamma di reati particolarmente gravi, posto che tale disposizione individua, piuttosto, un gruppo di reati caratterizzati da un accertamento particolarmente complesso (di qui il prolungamento a due anni dei termini per le indagini preliminari). Si tratta certamente di reati gravi, ma non di tutti i più gravi reati contemplati nel nostro ordinamento⁴¹.

Di qui il *deficit* di ragionevolezza della disciplina esaminata.

A detta della dottrina sarebbe possibile muovere un'ulteriore censura alla tecnica del rinvio sotto il profilo della chiarezza e della intellegibilità della legge penale (*ex art. 25, co. 2, Cost.*), osservando come sia preferibile collegare il regime di obbligatorietà della recidiva alla pena edittale prevista per i reati in questione⁴².

I problemi di compatibilità appena denunziati dell'art. 99, co. 5, cod. pen., con il quadro costituzionale non potevano essere risolti mediante un'interpretazione costituzionalmente conforme di tale norma con l'effetto di estendere il principio di facoltatività della recidiva anche all'ipotesi ivi prevista⁴³. Il testo dell'art. 99, co. 5, infatti, risultava inequivoco sul punto e una diversa ipotesi ricostruttiva del suo significato si sarebbe risolta in un'interpretazione *contra legem*⁴⁴.

Ecco, dunque, spiegata la ragione che ha spinto i giudici rimettenti a chiamare la Corte costituzionale allo scrutinio di uno dei "frutti" più controversi della riforma del 2005⁴⁵. Si tratta, a ben vedere, di uno dei più rilevanti automatismi sanzionatori

⁴¹ L'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen. comprende, tra gli altri, i delitti di devastazione, saccheggio, strage (art. 285 cod. pen.), guerra civile (art. 286 cod. pen.), associazione di tipo mafioso e, in generale, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. o per finalità di terrorismo o eversione, di contrabbando (d.P.R. n. 43/1973), omicidio (art. 575 cod. pen.), rapina (art. 628, co. 2 cod. pen.), estorsione (art. 629, co. 2, cod. pen.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.), i delitti relativi agli stupefacenti nelle ipotesi aggravate, i delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione e pornografia minorile (artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter* cod. pen.), violenza sessuale aggravata e di gruppo (artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* cod. pen.).

⁴² E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.

⁴³ Per approfondimenti sul compito del giudice di interpretare le norme conformemente a Costituzione, si vedano, tra gli altri: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 1 (www.rivistaaic.it); G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

⁴⁴ M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*, cit. La formulazione della norma («...l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio...») rende impraticabili letture della stessa orientate a escludere il carattere obbligatorio della figura di recidiva in esame, posto che, secondo costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (Corte cost. sent. n. 232 del 2013; n. 78 del 2012).

⁴⁵ La Corte di cassazione, in passato, aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, co. 5, cod. pen., proposta con riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost. per la maggiore severità della disciplina della recidiva reiterata nel caso di realizzazione di un delitto di cui

introdotti da quella riforma che, a differenza di altri, non era ancora caduto sotto le scure della Consulta, né era stato neutralizzato da una interpretazione conforme a Costituzione⁴⁶.

5. La sentenza n. 185 del 2015 della Corte costituzionale.

La decisione della Corte costituzionale n. 185 del 2015 oggetto di analisi muove dalla premessa della *identità di fondamento della recidiva facoltativa e di quella obbligatoria*, fondamento ravvisato, in accordo con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, nella *più accentuata colpevolezza e nella maggiore pericolosità dell'autore*. Il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità del soggetto o un suo *status* personale svincolato dal fatto-reato, sicché solo il regime di facoltatività consente al giudice di assicurare, nel caso concreto, che l'applicazione della recidiva sia coerente con il suo fondamento.

Nel ritenere la fondatezza della questione prospettata dai rimettenti, la Corte rimarca che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale⁴⁷, l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità legislativa, il cui esercizio non può formare oggetto di sindacato sul piano della legittimità costituzionale, salvo che si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie⁴⁸.

all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen. In quell'occasione, a differenza della presente, i giudici di legittimità avevano ritenuto non irragionevole la previsione normativa, in quanto limitata a fattispecie specifiche, caratterizzate da notevole allarme sociale, e indicative del perdurare della capacità a delinquere del reo, secondo una scelta legislativa non in contrasto con i principi costituzionali, essendo finalizzata a sanzionare più severamente, sia pure comprimendo gli spazi di discrezionalità del giudice, chi abbia continuato a commettere reati nonostante l'irrogazione di precedenti condanne. Così: Cass. pen., sez. II, 23 febbraio 2011, n. 6950, *CED Cassazione* 249458; Cass. pen., sez. II, 22 febbraio 2013, n. 8076, *CED Cassazione* 254535.

⁴⁶ G.L. GATTA, [Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.](#), in *questa Rivista*, 29 settembre 2014.

⁴⁷ Corte cost. sent. nn. 68/2012, 47/2010, 161/2009, 22/2007, 394/2006.

⁴⁸ L'ordinanza di remissione della Corte di cassazione (Cass. pen., sez. V, ord. 3 luglio 2014, n. 37443, cit.) ricorda - al fine di escluderne la rilevanza - un remoto precedente (Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 5) con cui la Consulta aveva dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale di una norma che, analogamente a quella qui in esame, disponeva - *rectius*, dispone tuttora - un aggravamento sanzionatorio automatico per il recidivo. Si tratta dell'art. 296 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (T.U. delle disposizioni legislative in materia doganale) che punisce più severamente chi si rende nuovamente autore di un ulteriore delitto di contrabbando. Invero, la questione sollevata in quella sede si appuntava unicamente sull'art. 3 Cost., assumendo quale termine di comparazione il regime di discrezionalità della recidiva introdotto dalla citata riforma del 1974. In altri termini, non ci si poneva il problema della ragionevolezza dell'automatismo ivi contenuto, bensì della disparità di trattamento in relazione al regime di facoltatività/obbligatorietà della recidiva, rispettivamente, nella disciplina codicistica e in quella *ex art.* 296 cit. Osserva condivisibilmente la Cassazione che, al di là del diverso *thema decidendum* di quella questione rispetto a quella qui annotata, si può cogliere una profonda diversità strutturale tra l'art. 296 cit. e l'art. 99, co. 5, cod. pen.: il primo disciplina, infatti, una figura di recidiva specifica, relativa al reato di contrabbando, caratterizzato da peculiari caratteristiche collegate alla lesione di primari interessi finanziari

Nel caso di specie, «il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata - collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso - è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto di valutazione del giudice»⁴⁹.

La Consulta nota, inoltre, come «mentre nei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen. sono previste ipotesi di diversa gravità della recidiva, con il passaggio da quella semplice (primo comma) a quella aggravata (secondo comma), a quella pluriaggravata (terzo comma) e a quella reiterata (quarto comma), che possono avere un significato assai diverso ai fini della valutazione della colpevolezza e della pericolosità del reo, nel quinto comma tutte queste diverse ipotesi vengono irragionevolmente parificate in una previsione di obbligatorietà, che comporta un aumento di pena solo in ragione del titolo del reato che è stato commesso»⁵⁰.

L'irragionevolezza della disposizione censurata trova ulteriore conferma nel criterio legislativo di individuazione dei reati espressivi della recidiva obbligatoria.

L'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen., concerne reati eterogenei dal punto di vista dei beni giuridici tutelati e, sotto il profilo sanzionatorio, collegati dal legislatore solo in funzione di esigenze processuali e, quindi, inadeguati a esprimere un comune dato significativo ai fini dell'applicazione della recidiva. Non pare potersi sostenere che la maggiore capacità a delinquere dell'agente si fondi sulla particolare gravità del nuovo delitto commesso (uno tra quelli previsti nell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen.), senza necessità di un accertamento in concreto da parte del giudice.

La Consulta si sofferma sulla *presunzione assoluta*, sottesa all'automatismo censurato, di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo autore di tali gravi delitti.

Un sistema fondato su presunzioni non è di per sé incostituzionale.

Nondimeno, esso lo diventa - specie quando si incide su diritti fondamentali della persona - laddove la presunzione legale limitativa di diritti fondamentali *non risponda né a dati di esperienza generalizzati*, fondati su un preciso radicamento empirico,

dello Stato; diversamente, l'art. 99, co. 5, cod. pen. rinvia all'eterogeneo catalogo di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen. e non si preoccupa di sottolineare l'omogeneità tra reato espressivo e reato fondante.

Queste osservazioni giustificano i diversi esiti a cui è arrivata la Consulta. Infatti, come ben osserva la Corte «mentre è evidente che la disciplina della recidiva censurata dal giudice a quo attiene alla determinazione della misura della sanzione penale per il reato di contrabbando, e rientra quindi nella sfera di discrezionalità del legislatore, è altresì chiaro che la sussistenza delle particolari caratteristiche del reato stesso, che postulano logicamente, per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace, esclude quegli elementi di irragionevolezza o illogicità che soli potrebbero, come si è detto, legittimare un sindacato della Corte ai fini della osservanza del principio di uguaglianza».

Si tratta, pertanto, di un precedente non confacente alla disamina della questione sottesa alla pronuncia qui annotata, ma resta un utile momento di confronto sulla ragionevolezza-irragionevolezza di due automatismi sanzionatori in tema di recidiva.

⁴⁹ Corte cost. sent. 185/2015, p.to 9.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Corte cost. sent. 185/2015, p.to 9.1 del *Considerato in diritto*.

riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, né ad esigenze di semplificazione probatoria.

Richiamando la giurisprudenza costituzionale in tema di presunzioni legali, si ricorda come l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si coglie evidentemente tutte le volte in cui è agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa⁵¹. Il grado di tollerabilità delle presunzioni legali è tradizionalmente declinato sulla necessità che il pre-giudizio legislativo risponda a dati di esperienza generalizzati.

Un dato del genere non esiste nel caso in esame: mancano dati di esperienza generalizzati che dimostrino che il nuovo episodio delittuoso (rientrante nell'elenco di reati menzionato) sia espressivo di maggiore capacità a delinquere. In assenza di tali dati, non è possibile formulare una presunzione *iuris et de iure* che possa dirsi ragionevole.

È, di contro, "agevole" ipotizzare situazioni in cui la commissione di un delitto compreso nell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen., da parte di chi abbia riportato una precedente condanna per un qualsiasi delitto non colposo, non sia espressiva di una particolare colpevolezza.

Si tratta dei casi nei quali il giudice, se potesse impiegare i criteri di giudizio propri della recidiva facoltativa, dando rilievo, ad esempio, al tempo trascorso dalla precedente condanna e al grado di omogeneità tra i delitti oggetto delle condanne, non riterrebbe sussistente l'aggravante. E ciò, in effetti, è quanto si era verificato nel caso esaminato dalla Corte di cassazione, ove il delitto c.d. fondante era la rissa mentre il delitto c.d. espressivo era l'induzione alla prostituzione minorile: reati del tutto disomogenei e privi, tra loro, di una connessione.

Infine, la Corte costituzionale accoglie anche le osservazioni mosse dai remittenti *sub* art. 27, co. 3, Cost. La previsione di un obbligatorio aumento di pena legato solamente al dato formale del titolo di reato, senza alcun accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso, può rendere la *pena palesemente sproporzionata* alla gravità del fatto commesso e, dunque, avvertita come ingiusta dal condannato, vanificandone - per così dire 'a priori' - la finalità rieducativa.

A seguito di questa pronuncia, non vi sono più eccezioni alla regola della facoltatività dell'applicazione della recidiva, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

Tutte le ipotesi di disciplina, compresa quella di cui al co. 5 dell'art. 99 cod. pen., operano quali circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderle ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una precedente condanna e che il delitto per cui si procede appartenga all'elenco di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen.

⁵¹ Corte cost. sent. nn. 232/2013, 213/2013, 182/2011, 164/2011, 265/2010, 139/2010.

6. Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità sul giudicato.

La sentenza qui annotata produce immediati effetti, innanzitutto, quanto ai procedimenti in corso e a quelli futuri: il giudice, come già detto, dovrà valutare, d'ora in poi, anche nelle ipotesi di cui all'art. 99, co. 5, cod. pen., se meriti risposta punitiva puntuale il riscontro di una accertata maggiore capacità a delinquere.

Con riferimento, invece, ai processi già chiusi con giudicato, ma non ancora esauriti⁵², potrebbe porsi il medesimo interrogativo che è stato sollevato in occasione delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale dell'aggravante della c.d. clandestinità⁵³, o del divieto di prevalenza dell'attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, del d.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva reiterata⁵⁴ o, ancora, più recentemente, della legge Fini-Giovanardi⁵⁵.

Ci si chiede, in particolare, se possa riconoscersi al giudice dell'esecuzione la potestà di rideterminare la pena *in executivis* quando la sentenza dichiarativa di incostituzionalità incide non già sulla fattispecie incriminatrice (ipotesi disciplinata dall'art. 673 cod. proc. pen.), bensì sul trattamento sanzionatorio⁵⁶.

Le affermazioni di principio espresse dalla Corte di legittimità nei casi sopra menzionati, possono trovare eco anche nel caso in esame: gli artt. 136 Cost. e 30, co. 3 e 4, della legge n. 87/1953, ostano all'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione per effetto dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata illegittima. Spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare tale porzione di pena e dichiararla non eseguibile, anche nel caso in cui il giudice di

⁵² Il *discrimen* è tra situazione "esaurita", non più suscettibile di rimozione, neanche parziale, a fronte di una dichiarazione di incostituzionalità, e situazione che non lo è ancora: ciò che conta è l'attualità del rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono essere rimossi. *Ex multis*, Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio – 14 ottobre 2014, n. 42858, *Gatto*.

⁵³ *Ex multis*, Cass. pen., sez. II, 11 febbraio 2011, n. 8720, *CED Cassazione* 249816; Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio - 14 ottobre 2014, n. 42858, *Gatto*, con nota di G. ROMEO, [Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"](#), in *questa Rivista*, 17 ottobre 2014.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio - 9 luglio 2015, n. 29316, *De Costanzo*, con nota di F. VIGANÒ, [Le Sezioni Unite risolvono un contrasto... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti](#), in *questa Rivista*, 1 agosto 2015.

⁵⁶ Le conseguenze delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale appena richiamate sono di estremo interesse tanto sul piano pratico quanto sul piano teorico, investendo temi di assoluto rilievo, quali ad esempio: la natura e la portata delle sentenze che accertano l'illegittimità costituzionale di una certa norma penale; l'assimilabilità o meno degli effetti delle sentenze di incostituzionalità alla disciplina della successione di leggi penali nel tempo; il tema della retroattività della *lex mitior* intermedia; le conseguenze sui processi in corso e, in particolare, nei giudizi di legittimità; la intangibilità o meno dei giudicati; l'estensione - ritenuta la tangibilità dei giudicati - dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione e gli strumenti a sua disposizione per "riportare a legalità" pene inflitte su quadri edittali poi dichiarati incostituzionali.

cognizione abbia omissis di specificarne la misura, ovvero abbia proceduto al bilanciamento delle circostanze⁵⁷.

È vero che, nel caso qui annotato, la dichiarazione di illegittimità costituzionale non riguarda una circostanza aggravante *tout court* (non è stata dichiarata l'incostituzionalità della recidiva), bensì la sola obbligatorietà della sua applicazione.

Ma è altrettanto vero che laddove il giudice della cognizione abbia aumentato la pena unicamente a causa di tale obbligo formale e non a causa dell'esistenza delle condizioni "sostanziali" fondanti la recidiva, l'esecuzione di quella parte di pena è illegittima.

Come recentemente affermato dalle Sezioni unite nel caso *Ercolano*, «il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile»⁵⁸.

In altri termini, la pena deve ritenersi sempre *sub iudice*, anche in fase esecutiva, quando si accerta il venir meno della sua conformità ai principi del diritto penale moderno. In particolare, alla tutela costituzionale e convenzionale della libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU), al principio di legalità (art. 25 Cost. e art. 7 CEDU), alla finalità rieducativa della pena perdurante dalla fase della sua previsione normativa a quella dell'esecuzione (art. 27, co. 3, Cost.), al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Ma il profilo sicuramente più complicato concerne l'individuazione dell'ampiezza dei poteri spettanti al giudice dell'esecuzione.

Come è noto, l'alternativa è tra il riconoscimento di un potere che si riduce a un rigido calcolo matematico (una mera trasposizione aritmetica del calcolo effettuato in sede di cognizione) ovvero l'attribuzione di poteri, relativamente elastici, tali da rimodulare complessivamente il trattamento sanzionatorio ai sensi dell'art. 133 cod. pen.

In linea con le pronunce sopra menzionate, ed in particolare con le Sezioni Unite nel caso *Gatto*, è probabile che il giudice dell'esecuzione possa esercitare un

⁵⁷ Analoghe affermazioni del principio della potestà di rideterminazione della pena *in executivis* si rinvencono più recentemente: 1) nei casi di declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 cod. pen. (Corte cost. 68/2012); 2) nei casi di illegittima applicazione della pena dell'ergastolo in luogo della pena di trenta anni di reclusione affermata dalla Corte di Strasburgo nella vicenda *Scoppola* (Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*) e con riferimento ai cc.cd. "fratelli minori di Scoppola"; 3) nei casi della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, cod. pen., relativamente al divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata del fatto di particolare tenuità nella ricettazione (Corte cost. 105/2014) e dei casi di minore gravità nella violenza sessuale (Corte cost. 106/2014). G. RICCARDI, [Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena](#), in *questa Rivista*, 26 gennaio 2015.

⁵⁸ Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013 – 7 maggio 2014, n. 18821, *Ercolano*, con nota di F. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola](#), in *questa Rivista*, 12 maggio 2014. Le Sezioni unite, nel caso *Ercolano*, inoltre, hanno escluso che lo strumento processuale per la rideterminazione della pena possa essere rinvenuto nell'art. 673 cod. proc. pen., del quale sarebbe richiesta un'inammissibile applicazione analogica, individuandolo, al contrario, nell'art. 670 cod. proc. pen., con una diretta applicazione dell'art. 30 della legge n. 87/1953.

autonomo potere valutativo e possa, quindi, adeguare il rapporto esecutivo alla situazione normativa sopravvenuta, dipendente dalla sentenza di illegittimità costituzionale annotata.

Tale operazione è ammissibile, evidentemente, solo se il giudice della cognizione non ha già, per ragioni di merito, espressamente riconosciuto la recidiva in quanto “sostanzialmente” fondata.

7. Considerazioni conclusive: sulla discrezionalità del giudice.

La sentenza in commento fornisce occasione per riflettere sul concreto atteggiarsi del potere discrezionale del giudice nel momento della *commisurazione* della sanzione e, più in generale, dell'intero *trattamento* dell'autore del reato.

L'esigenza di personalizzazione della sanzione è alla base del riconoscimento di un certo potere discrezionale al giudice penale.

Il nostro sistema penale, c.d. *a discrezionalità vincolata*, prevede, essenzialmente per ragioni di legalità sostanziale e di prevedibilità della pena, che il giudice sia limitato, nella scelta della pena da irrogare, da confini predeterminati dal legislatore, dai criteri legali che devono guidarlo nell'uso del potere discrezionale, dal dovere di motivazione, che consente un controllo nell'uso di tale potere (art. 111 Cost., art. 6 CEDU, art. 132 cod. pen.).

Modello paradigmatico di questa discrezionalità è, secondo taluno, l'art. 133 cod. pen., dal quale si ricaverebbe che il nucleo essenziale della discrezionalità consiste «*nella rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un significato astratto, data la peculiarità dell'oggetto della valutazione, e nel conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di valore più idonea a produrre un certo trattamento penale*»⁵⁹.

Il problema della discrezionalità si inserisce nel quadro della più ampia tematica dei limiti all'esercizio del potere punitivo ed è strettamente connesso, in rapporto di tensione, al soddisfacimento di esigenze di legalità, prevedibilità e certezza⁶⁰.

Si assiste proprio in questo ambito allo scontro tra il principio di legalità - in forza del quale più la pena è predeterminata dal legislatore più ne è garantita certezza - e il principio di offensività e ragionevolezza-proporzionalità - che, viceversa, impone di adeguare la pena alla gravità dell'offesa arrecata e che può essere valutata solo alla luce del fatto concreto - .

È compito del legislatore bilanciare questi due principi ed è compito della Corte costituzionale vagliare la ragionevolezza della scelta legislativa⁶¹, con la certezza che la prevalenza di un principio non può tradursi nella totale negazione dell'altro.

⁵⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

⁶⁰ R. SATURNINO, voce *Discrezionalità – Diritto penale*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989.

⁶¹ In tema di bilanciamento di interessi e ruolo della Corte costituzionale, si veda L.A. MAZZAROLLI, *Il Giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 211.

Ciò è stato dimostrato nella risalente pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità delle pene fisse - sanzioni non modulabili per quantità in relazione alla gravità del fatto - che, pur garantendo piena prevedibilità, finivano per ignorare gli altri principi cardine nel nostro sistema penale.

La Consulta, in quell'occasione, non mancò di precisare come fossero altrettanto irragionevoli le opposte ipotesi di eccessiva ampiezza della previsione edittale di pena, tale da dilatare il ruolo della discrezionalità giudiziaria, fino a disperdere la funzione regolatrice della legge: «*la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente e il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario*»⁶².

Dalla riforma della recidiva del 2005 può scorgersi la tendenza - che sembrava definitivamente superata - alla riemersione delle presunzioni di pericolosità e degli automatismi sanzionatori. Presunzioni e automatismi, spesso lontani dai principi costituzionali che ancorano il diritto penale a una impostazione oggettivistica e rispondono a istanze di rassicurazione che emergono dall'opinione pubblica più che a esigenze di controllo della criminalità.

Il ragionamento qui espresso dalla Consulta è, infatti, quello che, sin dagli anni Ottanta, la Corte costituzionale ha svolto per avviare il superamento delle presunzioni di pericolosità nella disciplina delle misure di sicurezza⁶³, portato a compimento dalla legge Gozzini del 1986 e che, nella più recente giurisprudenza costituzionale, ha rappresentato la cartina di tornasole per valutare la ragionevolezza delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere previste dall'art. 275, co. 3, cod. proc. pen.⁶⁴.

Ma la stessa disciplina della recidiva era stata, già in precedenza, oggetto di scrutinio di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale si è pronunciata con riguardo all'art. 62-bis cod. pen. nella parte in cui non consentiva, per il recidivo reiterato (autore di uno dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen., punito con pena non inferiore nel minimo a cinque anni) la concessione delle attenuanti generiche, senza poter tener conto della condotta del reo susseguente al reato⁶⁵.

⁶² Corte cost. sent. n. 50/1980, cit. V. MANES, *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. GAROFOLI, T. TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, Roma, 2013, 104.

⁶³ Si veda G. LEO, [Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza](#), in *questa Rivista*, 15 settembre 2011.

⁶⁴ Si veda V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 4, 457. Per una carrellata delle pronunce costituzionali sui recenti automatismi, si veda: G. LEO, [Automatismi sanzionatori e principi costituzionali](#), voce destinata alla sezione di diritto penale (a cura di G. Leo e F. Viganò) de *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani* (dir. da R. Garofoli e T. Treu), Roma, 2014, in *questa Rivista*, 7 gennaio 2014.

⁶⁵ Corte cost. 7 - 10 giugno 2011, n. 183, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 7, 811, con nota di G. DI CHIARA, *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*. Sul punto anche: G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2374; G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti "indiretti" della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1785.

La norma introduceva una presunzione di prevalenza della recidiva sulla condotta positiva tenuta dal reo.

Si trattava di una presunzione che, oltre ad essere empiricamente infondata quindi irragionevole, appariva contrastante con il principio della finalizzazione rieducativa della pena, stante la possibilità che il recidivo, dopo la commissione del fatto per cui si procedeva, avesse tenuto un comportamento indicativo della maturata consapevolezza circa l'errore commesso e della sua volontà di non persistere nel delinquere.

Introdurre una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell'imputato finiva con l'espropriare il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di rieducazione del reo.

Ma il principale problema interpretativo affrontato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di recidiva è stato quello attinente all'incidenza della recidiva reiterata sul giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 cod. pen., divenuto oggetto di svariate dichiarazioni di illegittimità⁶⁶.

Il quarto comma della norma appena richiamata introduce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, cod. pen. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del divieto di prevalenza enunciato, se da un lato ha riconosciuto il potere del legislatore di prevedere un trattamento sanzionatorio più grave per il recidivo reiterato - non per niente non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale generalizzata del divieto - , si è dall'altro lato soffermata sugli effetti che tale divieto può in concreto produrre, specialmente se ad essere "arginate" sono circostanze ad effetto speciale, comportanti una rilevante riduzione della pena. Ed è proprio in quei casi che l'automatismo è stato considerato irragionevole o sproporzionato.

Se queste sono le precedenti pronunce sugli automatismi sanzionatori riconducibili alla recidiva, con la sentenza qui annotata si è, invero, giunti al "cuore" del problema.

⁶⁶ Corte cost. 5 - 15 novembre 2012, n. 251, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 2, 168, con nota di G. DI CHIARA, *Legge "Ex Cirielli", disciplina degli stupefacenti e divieto di prevalenza dell'attenuante della lieve entità sulla recidiva reiterata: incostituzionale la rigidità del meccanismo*. In quella occasione, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 69, co. 4, cod. pen. nella parte in cui la norma prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, cod. pen.

Sempre *sub* art. 69, co. 4, cod. pen., più recentemente, si segnalano anche le due sentenze "gemelle" nn. 105 e 106 del 18 aprile 2014, rispettivamente in relazione al divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 648, co. 2 (ricettazione di particolare tenuità), e 609 bis, co. 3 (violenza sessuale di minore gravità), cod. pen. Sul punto: A. MICHAEL, *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *Dir pen. e processo*, 2014, 9, 1082 (1).

È cioè arrivato quel “giorno” che la “profetica” dottrina attendeva⁶⁷: quello in cui si è dichiarata l’illegittimità, alla luce del nostro quadro costituzionale, dei casi di applicazione obbligatoria della recidiva.

Solo così la “responsabilità” penale diventa effettivamente “personale” (art. 27, co. 1, Cost.) poiché corrispondente alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del colpevole, e trova reale applicazione il principio di uguaglianza che esige il trattamento differenziato di fattispecie non ragionevolmente assimilabili in termini di offesa e riguardo ai profili soggettivi.

Discrezionalità significa, al tempo spesso, *dovere* (conoscitivo) e *potere* (dispositivo) del giudice⁶⁸.

Che si attribuisca al giudice il compito di decidere, previa analisi del caso concreto, se riconoscere o meno una circostanza è espressione dei principi costituzionali già menzionati.

Nondimeno, è necessario che il potere del giudice sia indirizzato dal legislatore tramite l’individuazione chiara dello scopo della misura sanzionatoria e l’elencazione dei criteri che devono essere valutati e sui quali si ancorerà, poi, la motivazione del provvedimento finale.

⁶⁷ G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, cit.

⁶⁸ La concezione della discrezionalità penale in chiave di rinvio del giudice al caso concreto, in quanto maggiormente idoneo ad esprimere una gamma di significati di valore che il legislatore si trova nell’impossibilità di tipicizzare, esige necessariamente l’attribuzione di un carattere doveroso a tale tipo di accertamento. Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 128-136 e 150.