



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La recidiva

Relatore:

Chiar.mo prof. MARCO PELISSERO

Candidata:

FEDERICA LANOTTE

matr. 716755

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA FINO ALLA RIFORMA DEL 1974

1. Il codice Zanardelli.....	5
2. Il codice Rocco	8
2.1. Le influenze della Scuola Positiva	8
2.2. Il carattere della recidiva nella politica criminale del Codice del 1930.....	12
2.3. La disciplina della recidiva	15
3. Le esigenze di riforma dell'istituto e la legge del 1974.....	22
3.1. La nuova struttura della recidiva.....	31
a) La recidiva semplice	32
b) Le forme di recidiva aggravata.....	33
c) Il concorso di più circostanze aggravanti.....	36
d) La recidiva reiterata	36
e) Il limite all'aumento di pena.....	38
f) Ulteriori conseguenze giuridiche.....	39
3.2. La generalizzazione della facoltatività e la discrezionalità del giudice.....	42
3.2.1. I caratteri della discrezionalità del giudice	47
3.3. Il dibattito in dottrina e giurisprudenza intorno al fondamento della recidiva. ..	55
3.3.1. Il dibattito in giurisprudenza e dottrina intorno alla natura giuridica della recidiva	61

CAPITOLO II

L'ASSETTO ATTUALE DELLA RECIDIVA IN SEGUITO ALLA L. 251/2005

1. La recidiva nell'ambito dei progetti di riforma del codice penale	73
--	----

2. Lo spirito della legge “ <i>ex Cirielli</i> ” e l’influenza della normativa statunitense c.d. “ <i>three strikes and you’re out</i> ”	78
3. La nuova configurazione dell’istituto	89
a) La recidiva semplice	89
b) Le ipotesi di recidiva aggravata e pluriaggravata	89
c) La recidiva reiterata	92
d) La recidiva obbligatoria	94
e) Il limite all’aumento di pena	94
3.1. Il limite dei “delitti non colposi”	95
4. Facoltatività e obbligatorietà nella nuova disciplina e la discrezionalità del giudice	98
4.1. I problemi sollevati dall’ipotesi di recidiva reiterata e le soluzioni giurisprudenziali	103
4.2. La recidiva obbligatoria <i>ex art. 99 comma 5 c.p.</i>	110
5. Rapporti con altre previsioni	113
5.1. Il concorso formale e il reato continuato	115
5.2. La prescrizione	120
5.3. Il “patteggiamento allargato”	123
6. Recidiva e esecuzione della pena	126
6.1. Il divieto della sospensione dell’esecuzione delle pene detentive brevi <i>ex art. 656 comma 9 c.p.p.</i>	129
6.2. La disciplina restrittiva per l’accesso alle misure alternative alla detenzione	131
a) I nuovi limiti di cui all’art. 58 <i>quater</i> ord. pen.	131
b) Detenzione domiciliare	132
c) Semilibertà	133
6.3. Il nuovo regime dei permessi premio per i recidivi reiterati	134

CAPITOLO III

I RECENTI SVILUPPI IN MATERIA E LE QUESTIONI APERTE

1. Il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in caso di recidiva reiterata e l’intervento della Corte Costituzionale	136
1.1. La sentenza n. 183/2011	139

2. Dai limiti al giudizio di valenza <i>ex art. 69</i> comma 4 c.p. in materia di recidiva reiterata all'illegittimità del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti per alcune fattispecie di "lieve entità"	141
2.1. Le sentenze della Corte Costituzionale in materia di "spaccio di lieve entità" (n. 251/2012), ricettazione di "particolare tenuità" (n. 105/2014) e violenza sessuale di "minore gravità" (n. 106/2014)	145
3. Dubbi di costituzionalità rispetto alla recidiva obbligatoria <i>ex art. 99</i> comma 5 c.p....	153
4. Correttivi al regime esecutivo per i recidivi reiterati	156

CAPITOLO IV

PROFILI EMPIRICI: I TASSI DELLA RECIDIVA

1. La definizione problematica dei tassi di recidiva.....	163
2. Prospettive di riduzione dei tassi di recidiva: due studi intorno al rapporto tra tassi di recidiva ed esecuzione della pena.....	167
2.1. Le misure alternative alla detenzione e l'abbattimento della recidiva.....	167
2.2. L'impatto delle modalità di trattamento penitenziario e delle condizioni di detenzione sui tassi di recidiva	172
<i>Conclusioni</i>	179
<i>Bibliografia</i>	184

INTRODUZIONE

La ricaduta nel reato da parte di un soggetto che ha già subito una condanna configura il nucleo essenziale e immutabile dell'istituto della recidiva, il quale altrimenti ha visto mutare nel tempo la morfologia della propria disciplina riflettendo diversi indirizzi di politica criminale.

La recidiva è inquadrata tra le «circostanze inerenti la persona del colpevole» (art. 70 c.p.) ed è collocata dal legislatore nel medesimo capo del codice penale (Capo II del Titolo IV del Libro I) delle fattispecie di pericolosità dell'abitualità, professionalità nel reato e tendenza a delinquere, dalle quali però si distingue nettamente dal punto di vista della reazione sanzionatoria, essendo prevista, nel primo caso, un'impostazione di tipo repressivo mediante l'applicazione di un aumento della pena e, nelle altre ipotesi, un'impostazione volta alla prevenzione speciale che prevede invece una misura di sicurezza.

Inoltre, il concetto giuridico di recidiva è più ristretto del concetto di recidiva "naturale", costituito dalla semplice commissione di più reati in momenti diversi da parte dello stesso soggetto: dall'art. 99 c.p. si ricava infatti che un presupposto fondamentale consiste nel fatto che la commissione del primo delitto sia stata accertata da una sentenza di condanna passata in giudicato e il giudicato deve essersi formato prima della commissione del nuovo reato. Uguale efficacia a tale fine è riconosciuta alle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.*, alle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione della pena, nonché alle condanne riportate all'estero se riconosciute in Italia *ex art. 12 c.p.* Non si richiede invece che dopo la condanna sia stata scontata, totalmente o parzialmente, la pena, dal momento che altrimenti si creerebbe un'inammissibile situazione di favore per chi si sottrae all'esecuzione.

Al di là dell'inquadramento sistematico è bene sottolineare come la disciplina di questa figura giuridica sia stata più volte ridisegnata, a dimostrazione del fatto che si tratta di un istituto «ricco di un significato etico-sociale che si rivela direttamente ispirato al sistema di valori da cui sorge il nostro diritto positivo»¹ e che, di conseguenza, la regolamentazione della ricaduta nell'illecito non può che variare

¹ LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, p. 17.

sensibilmente a seconda dei principi in base a cui si orienta la lotta alla criminalità nei differenti ordinamenti o nei differenti indirizzi di politica legislativa.

Nel codice del 1930 la recidiva era considerata una circostanza aggravante obbligatoria, salve le ipotesi previste all'art. 100 c.p., sottratta al giudizio di prevalenza e di equivalenza e fondata quindi su elementi di automaticità e indici astratti di pericolosità del soggetto. Ma il primo intervento significativo in materia, il d.l. 11 aprile 1974, n. 99, trasformò notevolmente la disciplina, da un lato mitigando il regime sanzionatorio, dall'altro rendendo la recidiva una circostanza esclusivamente facoltativa, conferendo quindi al giudice un consistente potere discrezionale. Proprio tale profilo fu criticato da molta parte della dottrina², che contestò l'omissione da parte del legislatore di canoni-guida che informassero le valutazioni giudiziali, e rese fondamentale l'opera di individuazione da parte della Corte di Cassazione di parametri di riferimento uniformi per l'apprezzamento dei giudici. In un quadro generale di inasprimento delle risposte sanzionatorie e di volontà di recuperare una maggiore effettività della recidiva, è infine intervenuta la l. 5 dicembre 2005, n. 251 che, rovesciando l'ottica della precedente azione riformatrice, introduce un regime giuridico più afflittivo per il soggetto recidivo di quello previsto per il reo primario. Gli interventi principali della riforma hanno riguardato i livelli sanzionatori delle singole ipotesi di recidiva, predisponendo aumenti di pena significativi e quasi sempre in misura fissa, il riemergere di un'ipotesi di applicazione obbligatoria (art. 99 comma 5 c.p.) e l'ampliamento delle "conseguenze giuridiche minori", derivanti dall'applicazione della recidiva, in materia di circostanze attenuanti generiche, bilanciamento di circostanze, nonché di esecuzione della pena.

Anche tale ultima riforma non è andata esente da critiche e, nell'attesa di una riforma organica della disciplina invocata da più parti già da tempo³, alcuni interventi (di cui si darà conto al capitolo III) della Corte Costituzionale e del Parlamento si sono occupati di modificare singoli aspetti problematici.

² Ad esempio, NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 336; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2009, p. 646; ROMANO M., *Art.99*, in *Commentario sistematico del codice penale*, di ROMANO M., GRASSO G., 2012, II, p. 93.

³ In particolare, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p.458; GROSSO C. F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 532. MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Studi di diritto penale*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 1991, p. 51.

I nodi principalmente dibattuti dell'istituto, oggetto di controversie dottrinali e giurisprudenziali riemerse in occasione di ogni intervento riformatore, riguardano la natura della recidiva, di circostanza aggravante in senso tecnico o di qualificazione personale del reo, e il fondamento della stessa. Sotto quest'ultimo profilo emerge il carattere "bidimensionale" della figura giuridica in esame, che ha posto problemi nel definire la *ratio* dell'istituto, potendosi riscontrare una spiegazione dell'atteggiamento di sfavore nei confronti di tale speciale forma di reiterazione criminosa sia in chiave retributiva, come aspetto della maggiore colpevolezza per il fatto, sia in chiave di prevenzione speciale, con riferimento a una maggiore pericolosità e tendenza a delinquere del reo recidivo.

Ulteriori elementi problematici⁴ rimasti costanti nella disciplina della recidiva sono i suoi caratteri di genericità e perpetuità, per i quali viene potenzialmente ricondotta alla "carriera" criminale del soggetto qualunque reiterazione di reati, a prescindere dalla qualità della connessione tra essi e dal valore in termini di maggiore riprovevolezza o pericolosità, e tenendo in considerazione l'arco temporale dell'intera vita del reo.⁵

Il significativo e problematico legame tra la recidiva e la finalità ed esecuzione della pena emerge in tutta evidenza già nella dottrina risalente: Pisapia, vigente ancora la disciplina originaria del codice Rocco, si domandava «se la constatata inefficienza rieducatrice della pena, la cui applicazione ed esecuzione non sono valse ad impedire la ricaduta nel delitto, sia da addebitare al colpevole o non piuttosto alle modalità di esecuzione della sanzione applicata»⁶.

I tassi di recidiva possono quindi rappresentare un indice dell'effettività del diritto penale⁷ e del principio costituzionale della rieducazione⁸ a cui, tra gli altri, esso

⁴ PADOVANI T., *Commento all'art. 4 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 447.

⁵ In merito al persistere del carattere problematico di tali elementi anche alla luce della limitazione, da parte della riforma del 2005, ai soli «delitti non colposi» si rimanda al par. 3.1 del capitolo II.

⁶ PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 967. Da cui anche: "L'indagine sulla natura giuridica della recidiva pone, in modo quanto mai acuto, uno degli interrogativi più imperiosi che è alla base del diritto penale e che investe, di riflesso, l'eterno problema degli scopi della pena; e ripropone –grave e preoccupante– il dubbio se sia giustificato e razionale il trattamento che la nostra legge riserva al recidivo: cioè, un aggravamento della pena prevista per il nuovo reato commesso".

⁷ PISAPIA G.D., *op. cit.*, p. 969 "Lo scopo primario del diritto penale è, quindi, quello di impedire, attraverso la minaccia della pena, che determinati fatti illeciti vengano commessi; e di impedire, attraverso la inflizione e la esecuzione della pena, che la commissione di quei fatti si ripeta. [...] E, di fronte al fenomeno della recidiva, si deve riconoscere che esso ha doppiamente fallito il suo scopo: sia quello di *prevenzione generale*, sia quello di *prevenzione speciale*".

si ispira. La consapevolezza di tali elementi è alla base sia degli interventi correttivi dell'attuale conformazione dell'istituto che si stanno succedendo negli ultimi anni, i quali tendono a ridefinire i contorni di una disciplina che secondo alcuni⁹ presenta diverse analogie con l'impostazione autoritaria del codice Rocco, nonché di alcuni studi che, a partire da dati quantitativi, analizzano anche in una prospettiva di riforma della materia i rapporti tra la recidiva e le modalità di esecuzione della pena che ad essa consegue.¹⁰

⁸ LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.2, Ministero della Giustizia, 2007, p.1.

⁹ CIPOLLA P., *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, 2009, p. 1208.

¹⁰ Sul punto si rimanda al capitolo IV.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA FINO ALLA RIFORMA DEL 1974

SOMMARIO: 1. Il codice Zanardelli. – 2. Il codice Rocco. – 2.1. Le influenze della Scuola Positiva. – 2.2. I caratteri della politica criminale del Codice del 1930. – 2.3. La disciplina della recidiva. – 3. Le esigenze di riforma dell'istituto e la legge del 1974. – 3.1. La nuova struttura della recidiva. – a) La recidiva semplice. – b) Le forme di recidiva aggravata. – c) Il concorso di più circostanze aggravanti. – d) La recidiva reiterata. – e) Il limite all'aumento di pena. – 3.2. La generalizzazione della facoltatività e la discrezionalità del giudice. – 3.2.1. I caratteri della discrezionalità del giudice. – 3.3. Il dibattito in dottrina e giurisprudenza intorno al fondamento della recidiva. – 3.3.1. Il dibattito in giurisprudenza e dottrina intorno alla natura giuridica della recidiva.

1. *Il codice Zanardelli.*

Il fenomeno del recidivismo cominciò a porsi come oggetto di attenzione e di allarme sociale particolarmente a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. La prima disciplina normativa contro la recidiva è di origine francese: la previsione del 1885 aggiungeva alla pena ordinaria per i “recidivi incorreggibili” la relegazione a vita in una colonia o possedimento.¹¹

In ambito italiano già le codificazioni preunitarie si erano occupate della recidiva prevedendo disposizioni piuttosto severe, ma è in modo particolare intorno al primo codice penale unitario, il Codice Zanardelli, esito del processo di codificazione sviluppatosi durante il Risorgimento, che si sviluppa un'intensa elaborazione dottrinale in merito all'istituto in esame, in stretto collegamento con la riflessione sulle pene.

La categoria giuridica della recidiva ebbe difficoltà ad affermarsi poiché appariva in contrasto con la concezione classica del diritto penale, che, in un'ottica rigorosamente retribuzionistica, ravvisava nell'aumento della sanzione in conseguenza della ricaduta nel reato da parte del medesimo autore un'inaccettabile alterazione dell'equazione tra la gravità del singolo reato e la pena, a causa dell'interferenza di elementi personologici. In particolare la cosiddetta “teoria

¹¹ MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 643.

abolizionistica” metteva in dubbio la legittimità dell’aumento di pena da due punti di vista: da un lato, sostenendo, nell’ambito di una concezione della pena come retribuzione del “fatto”, l’irrilevanza degli elementi soggettivi, dall’altro lato contestando la violazione del principio del *ne bis in idem* nel momento in cui si sarebbe dovuto proporre il riesame di un episodio che è già stato oggetto di un giudizio esitato in una sentenza di condanna¹². Tuttavia, questo pensiero, di matrice illuministica¹³ e volto a ritenere l’esclusione della valutazione dell’aspetto psichico del fenomeno criminoso come la migliore difesa del principio di certezza del diritto da possibili arbitri, sarà in parte progressivamente superato.

Il codice del 1889 colloca la disciplina in un titolo autonomo (Titolo VIII) e riconduce la recidiva a una circostanza aggravante della pena: l’impianto della normativa è ancora di carattere liberale, concentrato sul reato in sé, e presenta solo marginalmente degli accenni di attenzione alla condizione soggettiva e psicologica del delinquente, che invece distinguerà le correnti di pensiero successive. In dottrina, tra gli autori che sostengono la legittimità dell’istituto, pur in un quadro di ispirazione strettamente retributiva in cui la funzione primaria della sanzione non è l’emenda del reo ma la reintegrazione dell’ordine giuridico violato, vi è Carrara, per il quale l’aumento di pena si giustifica poiché il recidivo «mostra il disprezzo della legge e del magistrato»¹⁴ e la ricaduta denota un’insufficienza “relativa” della pena ordinaria, rendendo necessario l’aumento della sanzione in un’ottica di effettività dell’istituto stesso.¹⁵

L’art. 80¹⁶ del codice Zanardelli contemplava due ipotesi di recidiva semplice, una generica e una specifica. Al primo comma erano fissati due termini per la recidiva

¹² LATAGLIATA A. R., *op. cit.*, p. 29.

¹³ DELL’ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 23.

¹⁴ CARRARA F., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1878, p. 142.

¹⁵ «Col punire di più il recidivo non gli si rinfaccia di nuovo il delitto precedente; non si tiene a calcolo la malvagità dell’uomo; non si mortifica perché non siasi corretto. Nulla di questo. La imputazione rimane l’istessa. Ma la pena è dimostrata dal fatto insufficiente relativamente alla sensibilità di quell’uomo. Dunque per non fare atto effimero di difesa bisogna aumentarla.». CARRARA F., *op. cit.*, p. 133.

¹⁶ Art. 80: “*Colui che, dopo una sentenza di condanna, e non oltre i dieci anni dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena era superiore ai cinque anni di durata, o non oltre i cinque anni negli altri casi, commette un altro reato, non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato.*”

Se il nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunziata la precedente condanna, il colpevole soggiace ad un aggravamento della pena incorsa, secondo le norme seguenti :

1. se la pena incorsa per il nuovo reato sia la reclusione, la durata ordinaria della segregazione cellulare continua è aumentata in ragione di un sesto della pena stabilita per il reato commesso; e ove la reclusione debba scontarsi interamente in tale segregazione, o il prolungamento suddetto non possa farsi nei limiti della pena da infliggere, per applicare il prolungamento stesso si aumenta proporzionatamente la durata della pena;

generica, decorrenti dal giorno in cui la pena fosse stata scontata o la condanna estinta, oltre i quali la recidiva non avrebbe potuto più avere rilievo. Inoltre, non era previsto per questa determinata ipotesi un vero e proprio aggravamento della pena, bensì un limite alla commisurazione, poiché secondo la previsione il reo «non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato». Al secondo comma, invece, per la disciplina della recidiva specifica, realizzabile quando il nuovo reato è della «stessa indole» del primo, erano previsti aumenti di pena particolareggiati e proporzionati alla gravità del nuovo delitto.

All'art. 81¹⁷ era poi prevista la forma della recidiva reiterata, solo specifica, per ipotesi ulteriormente circoscritte alle condanne che comportavano pene limitative della libertà personale e infine temporalmente limitata secondo i canoni dell'art. 80.

Già il sistema normativo dell'epoca faceva poi derivare dalla dichiarazione della recidiva altre conseguenze giuridiche sia sotto il profilo della maggiore difficoltà o impossibilità di accedere a misure come ad esempio la riabilitazione, la liberazione condizionale, la riduzione di pena per particolare lievità del fatto in caso di recidiva specifica, sia sotto il profilo della maggiore rigidità delle regole di vita carceraria.

Il codice del 1889 quindi, nel solco di una concezione classico-garantistica, aveva previsto una recidiva di carattere obbligatorio, nell'ottica di garantire un eguale trattamento a tutti i recidivi, tendenzialmente specifica, sulla base della considerazione che sia il compiere reati della medesima specie a far risultare il reo meritevole di una maggiore pena e la pena già sofferta insufficiente, e soprattutto temporanea, nella convinzione che l'astensione dal compiere reati per un certo arco di tempo attestati la sufficienza della sanzione precedentemente inflitta.

2. se la pena incorsa per il nuovo reato sia diversa dalla reclusione, essa è aumentata da un sesto ad un terzo. In nessun caso l' aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte; e ove si tratti di pene pecuniarie, per determinare tale misura si fa il ragguglio secondo le norme stabilite nell'art. 19”.

¹⁷ Art. 81: “Colui che, dopo essere stato più volte condannato a pena restrittiva della libertà personale, superiore per ciascuna volta ai tre mesi, commette, nei termini indicati nell'art. precedente, un altro reato della stessa indole e che importi anch'esso una pena restrittiva della libertà personale, soggiace ad un aumento della pena incorsa pari alla metà della durata della pena stessa, ove questa sia inferiore ai trenta mesi, e ad un terzo negli altri casi; purché non si superino i trent'anni per la reclusione e la detenzione.

Se la nuova pena incorsa sia la reclusione, si applica anche la segregazione cellulare continua nella misura stabilita nel precedente articolo”.

2. Il codice Rocco.

Tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento, sulla scorta di nuove concezioni di pensiero, si fece strada l'idea che la recidiva non potesse considerarsi soltanto come indice di maggiore colpevolezza, ma dovesse invece essere concepita e studiata in relazione all'uomo e a una sua eventuale innata predisposizione al delitto. Il codice Rocco assume in sé le istanze classico-retributive e le istanze di prevenzione speciale, ispirate alle nuove tendenze positivistiche, e, per quanto riguarda l'istituto in esame, pone in essere una disciplina più complessa e severa rispetto alla legislazione precedente. Nel codice del 1930 infatti la recidiva viene considerata una circostanza aggravante obbligatoria, inerente la persona del colpevole, sottratta al giudizio di prevalenza ed equivalenza, con l'unica mitigazione delle ipotesi di facoltatività previste all'art. 100 c.p.

2.1. Le influenze della Scuola Positiva.

Gli esponenti del positivismo giuridico considerarono l'impianto delle sanzioni penali costruito dal codice Zanardelli eccessivamente mite e incurante dell'elemento soggettivo del reo e delle esigenze di prevenzione determinate dalla sua pericolosità. Tra le principali linee del pensiero della Scuola Positiva si trova per la prima volta l'idea che il reato non debba più essere considerato come un'entità giuridica a sé stante, bensì come un fatto legato e determinato dall'agente, del quale è necessario mettere in luce i condizionamenti biologici, psicologici e sociali. Se dal compimento di un reato si può trarre un giudizio e un segnale rispetto alla pericolosità del soggetto, la reiterazione degli illeciti costituisce dunque un indice di pericolosità sociale, intesa come la probabilità che il soggetto compia nuovi reati, rispetto alla quale si riteneva che la risposta più adeguata fosse il meccanismo delle misure di sicurezza, di durata temporale anche indeterminata. Assume rilevanza centrale il concetto di "responsabilità sociale" in luogo di quello di imputabilità e colpevolezza individuali e di conseguenza entra in crisi la classica nozione di pena retributiva commisurata alla colpa per il singolo delitto.

La dottrina positivista porta il delinquente, nelle diverse tipologie criminologiche di autori di reato schematicamente individuate¹⁸, ad occupare il centro del sistema penale e induce a ripensare di conseguenza la funzione della pena in un'ottica di prevenzione speciale: si verificava così un radicale mutamento dell'impostazione dogmatica, tale per cui i provvedimenti volti alla difesa sociale non dovevano adattarsi tanto alla gravità del reato, quanto alla pericolosità del delinquente.

In questo contesto le speculazioni relative al reo, e dunque alla recidiva, possono essere considerate l'aspetto in cui i modelli positivistici si sono rivelati maggiormente influenti sulla codificazione del 1930, che ne ha condiviso e raccolto le preoccupazioni di difesa sociale¹⁹.

Esemplificativo delle istanze positiviste fu il progetto di riforma della parte generale del codice penale elaborata nel 1921 dalla Commissione presieduta da Enrico Ferri e istituita presso il Ministero della Giustizia al fine di «conseguire, in armonia ai principii e metodi razionali della difesa della società contro il delitto in genere, un più efficace e sicuro presidio contro la delinquenza abituale»²⁰. Nell'ambito di tale progetto il ruolo del fatto delittuoso obiettivo finisce per essere quello di un aspetto necessario, ma pur sempre preliminare al vero oggetto dell'osservazione della scienza penalistica: l' "uomo delinquente". I provvedimenti di difesa sociale, cioè le sanzioni, dovevano essere paramtrate alla maggiore o minore pericolosità del soggetto.²¹

In questo contesto l'interesse nei confronti della recidiva risulta centrale in quanto essa rappresenta da un lato il fallimento del progetto punitivo costruito

¹⁸ Nelle parole dell'on. Ferri così riportate da MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008, p. 28: "La grande schiera dei delinquenti si divide in due categorie fondamentali: da una parte quella più numerosa, dei delinquenti occasionali, poco temibili, poco pericolosi: dall'altra parte, quella meno numerosa, ma più pericolosa, dei delinquenti così detti abituali; abituali o per tendenza congenita od ereditaria, o per abitudine acquisita; abitudine acquisita che, in gran parte, è frutto delle cattive condizioni sociali."

¹⁹ NEPPI MODONA G. - PELISSERO M., *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di VIOLANTE L., Torino, 1997, p. 766.

²⁰ FERRI E., *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola positiva*, 1921, 1, p. 1.

²¹ FERRI E., *op.cit.*, p. 5: "Onde criterio fondamentale, per una riforma delle leggi di difesa sociale contro la criminalità, deve essere che i provvedimenti repressivi siano più severi, cioè più efficaci, per i delinquenti abituali e più pericolosi per tendenza congenita o acquisita, e siano meno rigorosi ossia meglio adatti per la grande maggioranza dei delinquenti occasionali e meno pericolosi". Per i primi si prevedeva la segregazione dal consorzio civile, con la finalità di impedire che ripetessero atti criminosi, per i secondi invece l'obiettivo era invece di riadattare il soggetto al ritorno nella società come cittadino non più pericoloso.

intorno a un'idea preventiva e riabilitativa, dall'altro l'indice della temibilità del delinquente e la conferma della pericolosità temuta. Chi ricade nel delitto dà quindi sempre adito a un giudizio di pericolosità. L'art. 24 del progetto Ferri disciplinava la recidiva, distinta dalle forme di delinquenza abituale e contraddistinta dal carattere della perpetuità, poiché il tempo, secondo l'autore, non diminuisce il valore sintomatico della pericolosità personale²². Resta comunque facoltà del giudice graduare l'aggravamento della pena in virtù della valutazione del comportamento tenuto dal soggetto nel tempo trascorso dal primo delitto.

La particolare condizione della recidiva fa allora trapelare l'idea che ricadere nel delitto sia sempre indice di pericolosità, ma anche i positivisti riconoscono che questa specifica forma di ripetizione degli illeciti non sia, ancora o non necessariamente, ascrivibile alle condizioni di abitualità, consuetudine o irreversibile tendenza alla criminalità. Nel pensiero positivista la recidiva sembra quindi costituire un elemento sintomatico dell'abitualità, nonché una linea di demarcazione nell'ambito del fenomeno della criminalità tra la possibilità di risocializzazione da un lato e l'inemendabilità dall'altra, che sul piano delle risposte sanzionatorie si riflette come un momento di passaggio tra la pena fissa e le ipotesi di pena indeterminata per i delinquenti incorreggibili²³.

Pur nell'ambito di un orientamento diverso dai postulati positivisti, Dell'Andro, nel correggere le posizioni rigidamente retributive della corrente abolizionista, sostiene che il reato non sia da considerare come una realtà avulsa dal suo autore, ma sia invece necessario portare nell'ordinamento giuridico l'attenzione alla personalità del reo, il quale infonde un "inconfondibile valore spirituale" nel reato²⁴. Il medesimo autore, poi, sottolinea come il reato compia una «modificazione psicologica [che] indubbiamente distingue i già rei dagli altri soggetti e la medesima rappresenta, se confrontata con l'ulteriore ricaduta nel reato, un'*inclinazione psicologica all'ulteriore azione illecita*»²⁵. Tale *inclinazione* consiste in una condizione che solo impropriamente si definisce "capacità a delinquere" e sarebbe invece più corretto denominare "pericolosità potenziale", ed è proprio la seconda ipotesi, ossia la

²² FERRI E., *op.cit.*, p. 56.

²³ MUSCATIELLO V. B., *op. cit.*, p. 34. Una ricostruzione simile è elaborata anche in LATAGLIATA A. R., *op.cit.*, p. 47, sulla base della somiglianza del "fondamento psicologico" dell'inclinazione al reato tra i due fenomeni.

²⁴ DELL'ANDRO R., *op.cit.*, p. 25.

²⁵ DELL'ANDRO R., *op.cit.*, p.134.

capacità specifica di poter tornare a turbare, eventualmente anche in modo abituale, l'equilibrio dell'ordinamento, che fonda la condizione per la norma penale, intesa come un imperativo concreto di contenuto subiettivo. La particolare condizione psicologica di inclinazione al delitto del già reo è l'elemento naturalistico su cui si costruisce la qualifica soggettiva della "reità", che configura una categoria giuridica soggettiva autonoma, distinta dalla categoria della "capacità a delinquere", che avrà il compito di individuare un determinato settore umano al quale indirizzare un imperativo concreto tipico di contenuto subiettivo, cioè una specifica norma. Il rapporto tra le due categorie è concepito come un processo libero e cosciente che può portare il reo dalla reità alla vera e propria capacità a delinquere e che occorre fermare staticamente per poter distinguere la recidiva dall'abitualità²⁶. Nella recidiva, in definitiva, l'ordinamento reprime pur sempre l'atto, e non anche, come invece per l'altra categoria, la pericolosità dell'abitualità.

Complessivamente quindi, il codice Rocco, pur escludendo gli aspetti più radicali della dottrina della Scuola Positiva legati a presunte caratteristiche costituzionali o antropologiche²⁷, accolse diversi postulati cari al positivismo elaborati in materia di pericolosità e dei relativi modelli tipizzati, ma dal punto di vista dell'istituto della recidiva l'influenza delle speculazioni della Scuola si rivelò tutto sommato più ridotta. Nel testo originario dell'art. 99 c.p. infatti la recidiva ha continuato a conservare, nei presupposti, un'ispirazione liberaleggiante²⁸ dal momento che, se la Scuola Positiva aveva finito per negare un valore sostanziale alla precedente condanna conferendole un'efficacia solo "documentale" rispetto alla pericolosità, nel codice Rocco è mantenuto ben saldo il requisito per cui la qualifica di recidivo deve scaturire da due sentenze di condanna. D'altra parte però, resta sostanziale il contributo di questa dottrina nell'aver sottolineato l'esigenza di correggere l'impostazione di fondo della legislazione, all'epoca puramente retributiva: tale necessità risulta centrale per quanto riguarda la materia in esame e la sua rilevanza è condivisa anche dai giuristi svincolati dalle premesse culturali della Scuola, tra cui si può citare Antolisei che osserva come «l'istituto della recidiva ha un alto significato, in quanto dimostra che, fin dal momento in cui fu introdotto nella legislazione, venne

²⁶ DELL'ANDRO R., *op.cit.*, p. 140.

²⁷ ROCCO ALF., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, p.148.

²⁸ MUSCATIELLO V. B., *op. cit.*, p.37.

spezzata l'equazione "pena = reato" e la pena cominciò ad assumere anche compiti di prevenzione speciale»²⁹.

2.2. I caratteri della politica criminale del Codice del 1930.

Con l'avanzare dei primi decenni del Novecento il processo di avvicinamento del diritto penale alle scienze sociali va però arrestandosi: ruolo fondamentale in questo processo ebbe l'indirizzo "tecnico-giuridico" che intendeva ricondurre il metodo del dibattito della scienza penalistica ad una impostazione di studio esclusivamente tecnica delle norme penali vigenti. Tra gli artefici dell'affermazione di questa nuova tendenza metodologica, che intendeva riportare il diritto penale alla "purezza", vi fu Arturo Rocco ed esemplificativo della direzione che di conseguenza assumerà anche l'elaborazione del nuovo codice penale è il monito da questi rivolto ai giuristi di considerare che «questo, dunque, è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione, della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano»³⁰. Ma inquadrando le concezioni tecnico-giuridiche nel preciso momento storico in cui vennero teorizzate, queste assumono un'ulteriore rilevanza dal momento che favorivano un orientamento del diritto penale di segno ideologicamente conservatore e autoritario. Il metodo strettamente positivo che si voleva imporre alla scienza penalistica era caratterizzato dal richiamo alla fedeltà alle norme scritte, la cui validità era assunta in quanto emanate dallo Stato, eliminando così il problema delle dispute sulla ricerca di un fondamento politico e filosofico delle stesse. Tale vocazione conservatrice garantiva quindi, in un periodo di forti conflittualità di carattere politico, ideologico e sociale, la possibilità di salvaguardare l'ordine costituito e andò accentuandosi nel corso degli anni, fino al fascismo che impiegò nella misura più ampia le implicazioni autoritarie del tecnicismo³¹.

²⁹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 565.

³⁰ ROCCO ART., *Il problema del metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1910, p. 521. Nello stesso discorso però, Rocco specifica anche che, al di fuori dello studio scientifico del diritto, non era da rifiutarsi completamente lo studio dello diritto penale nella sua realtà naturale e sociale: "distinzione, non è separazione e tanto meno divorzio scientifico".

³¹ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. XXXII.

Come emerge dalla Relazione al disegno di legge prodotto dal Ministro della Giustizia Alfredo Rocco nel 1925, una riforma del codice penale e del codice di procedura penale si rendeva necessaria alla luce dell'aumento della criminalità negli anni del dopoguerra, dovuto a «profondi rivolgimenti prodottisi nella psicologia e nella morale degli individui e della collettività, e nelle condizioni della vita economica e sociale», che aveva inoltre portato alla luce l'insufficienza della legislazione vigente e dei «mezzi puramente repressivi e penali, costituenti fin qui il principale, se non l'unico, armamentario difensivo dello Stato, e l'assoluta inidoneità delle pene a combattere particolarmente i gravi e preoccupanti fenomeni della delinquenza abituale, della delinquenza minorile, degli infermi di mente pericolosi»³². Si ritenne così che si fosse reso necessario apportare «nuovi e più oculati mezzi di prevenzione della criminalità» nell'ambito di una politica criminale, finalizzata alla difesa sociale e alla conservazione degli interessi del nuovo Stato autoritario, nella quale erano venuti ad accentuarsi gli aspetti difensivi rispetto a quelli retributivi³³. La riforma del 1930 coniuga alcuni istituti di eredità classica-liberale e i principi formulati dalla Scuola Positiva che furono reputati conformi alla nuova ideologia e alla nuova sensibilità, in un processo che è stato interpretato come espressione di eclettismo, ma anche, al contrario, come strumentalizzazione politica³⁴ in ottica autoritaria.

Le linee di fondo del codice Rocco consistono, da un lato, nell'obiettivo di introdurre nell'ordinamento una maggiore severità nei confronti della delinquenza a tutela della collettività, realizzata attraverso un generalizzato inasprimento dei limiti edittali delle pene e l'irrigidimento della disciplina di diversi istituti, e, dall'altro lato, nell'accostamento alla classica pena di stampo retributivo di istituti considerati più adeguati alla prevenzione del delitto, nella fattispecie le misure di sicurezza. A differenza del progetto Ferri in cui le misure di sicurezza erano l'unica sanzione conseguente al reato, il codice del 1930 prevede l'affiancamento delle due conseguenze penali (il cosiddetto doppio binario), dando vita a un sistema sanzionatorio che risulta particolarmente incisivo dal punto di vista repressivo a causa della composizione delle pene tradizionali, fisse nell'ammontare e proporzionate alla gravità del reato, e delle misure di sicurezza, indeterminate nella

³² *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, I, 1928 cit. in VASSALLI V. G., *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano 1960, p.271.

³³ NEPPI MODONA G. - PELISSERO M., *op. cit.*, p. 784.

³⁴ NEPPI MODONA G. - PELISSERO M., *op. cit.*, p. 785.

durata massima e fondate sul presupposto, meno definito, della pericolosità sociale. Rispetto alla codificazione precedente, il codice Rocco riserva uno spazio maggiormente ampio alla personalità del delinquente, a cui dedica il Titolo IV e alcune norme che hanno come oggetto il reo e non il reato; tuttavia l'impostazione di fondo resta quella del diritto penale del fatto e lo Stato autoritario non si astiene dall'obiettivo di prevenzione generale e dall'introdurre ipotesi di responsabilità oggettiva.

Il Titolo IV del Libro Primo riunisce una serie di disposizioni dedicate al reo e concentra l'attenzione su alcune categorie delinquenziali sulle quali ricade una maggiore avversione legislativa. Abbandonata la figura di un agente collocato a metà strada tra il reato e la pena, il codice Rocco dedica al reo un titolo apposito e un'autonomia concettuale, operando una distinzione tra le specifiche forme del recidivo, dell'abituale, del professionale, del tendenziale. Se dunque la figura del delinquente era stata di fatto trascurata nella codificazione ottocentesca e poi enfatizzata nei progetti di stampo positivista, il nuovo codice, pur conservando una concezione oggettiva del reato, attraversa un processo di soggettivizzazione del diritto penale, mediante il quale la personalità e la pericolosità del reo si impongono come elementi centrali della sistematica penale.

Volgendo lo sguardo da tali premesse generali all'istituto oggetto della trattazione, si può notare che la recidiva è paradigmatica della tendenza evidenziata: l'aspetto è sottolineato da Pisapia, il quale, nel distinguere il trattamento riservato ai recidivi da quello assegnato a tutte le altre categorie di rei, osserva che «la recidiva, invece, segna già il passaggio dalla considerazione del *fatto* alla considerazione prevalente del suo *autore*, quale deve aversi di fronte alla reiterazione criminosa. L'istituto che permette di cogliere esattamente questo passaggio – offrendo, nello stesso tempo, un felice anello di congiunzione tra la valutazione del *fatto* e la considerazione del *soggetto* – è quello della *capacità a delinquere*»³⁵. È stato inoltre rilevato in dottrina che lo specifico istituto della recidiva, nell'ambito del codice del 1930, è strutturato con una marcata prevalenza della prevenzione speciale, in senso “negativo-difensivo”, come emerge sia dalla collocazione sistematica dell'istituto, al di fuori del Titolo dedicato al reato e separato dalla parte relativa alla commisurazione della pena, sia dai suoi caratteri peculiari quali la genericità, la perpetuità e

³⁵ PISAPIA G.D., *op. cit.*, p. 973.

l'obbligatorietà, che pongono in risalto meri sintomi di pericolosità del soggetto³⁶. La necessità di realizzare una forma di prevenzione speciale o *post delictum* per chi ha già avuto una manifestazione criminosa è rimarcata anche da Pisapia, che nota come il problema della prevenzione si ponga in termini differenti in riferimento al delinquente primario o al già reo, poiché nel secondo caso la società ha «la *possibilità* e il *dovere* di svolgere una efficace *azione preventiva*, non potendo ritenere esaurito il suo compito con la *punizione* del colpevole» e ha inoltre il vantaggio di poter attuare delle misure preventive fondate su elementi maggiormente concreti³⁷.

2.3. La disciplina della recidiva.

A partire dalla volontà generalizzata³⁸ di superare la configurazione dell'istituto delineata nel codice Zanardelli, ritenuta non più sufficiente a contrastare i delinquenti maggiormente pericolosi, l'art. 99³⁹ del codice Rocco prevede per la recidiva un aumento del rigore repressivo della relativa disciplina, realizzato attraverso aumenti di pena automatici e obbligatori, salvo che per le ipotesi di recidiva facoltativa contenute all'art. 100⁴⁰, nonché un regime contraddistinto dalla perpetuità, derivante dalla mancata previsione di un limite temporale per la sua applicabilità, e dalla genericità, essendo irrilevante l'indole dei reati commessi.

Oltre alla semplice ipotesi di recidiva generica, il codice Rocco prevede alcune fattispecie di recidiva aggravata per le quali la legge non fissa un limite minimo della pena e lascia al giudice il compito di determinarla attraverso l'analisi delle circostanze del fatto.

³⁶ ROMANO M., *op. cit.*, p. 90.

³⁷ PISAPIA G.D., *op. cit.*, p. 970.

³⁸ ROCCO ALF., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, p.147.

³⁹ Art. 99 “Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, soggiace a un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.

La pena è aumentata fino alla metà:

1) se il nuovo reato è della stessa indole;

2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;

3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena è da un terzo alla metà.

Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, è da un terzo alla metà, e, nei casi preveduti dai cpvv. precedenti, è dalla metà ai due terzi.”

⁴⁰ Art. 100 “Il giudice, salvo che si tratti di reati della stessa indole, ha facoltà di escludere la recidiva fra delitti e contravvenzioni, ovvero fra delitti dolosi o preterintenzionali e delitti colposi, ovvero fra contravvenzioni.”

Al primo punto del secondo comma dell'art. 99 c.p. è disciplinata la recidiva specifica, che ricorre quando il nuovo reato risulta essere della stessa indole di quello per cui il soggetto ha già riportato una condanna: non si ha quindi riguardo soltanto alla medesima struttura tra reati, ma ciò che rileva è che la ricaduta nel reato esprime un'insistenza nel disobbedire a una precisa regola di condotta. La ragione della particolare gravità sta nel fatto che il soggetto, pur trovandosi in una condizione di maggiore consapevolezza del contenuto antiggiuridico dell'azione, ricade in un comportamento criminoso affine. Il riscontro della "stessa indole" secondo i criteri dell'art. 101 c.p., soprattutto nell'ipotesi della valutazione dei "caratteri fondamentali comuni", richiede da parte del magistrato l'analisi delle singole situazioni concrete, superando l'impostazione casistica e astratta che contraddistingueva il codice Zanardelli sul punto.

Un ragionamento simile sta alla base dell'ipotesi di recidiva infraquinquennale, nella quale la gravità viene condizionata dal rapporto temporale che intercorre tra il passaggio in giudicato della condanna precedente e la successiva azione criminosa. Questo è l'unico riferimento alla dimensione temporale contenuto nella disciplina della materia nel codice Rocco, che, a differenza del codice Zanardelli, non subordina la recidiva ad alcun limite di tempo, accentuando la pretesa di serietà dell'impegno giuridico che la condanna deve suscitare nel colpevole. Ciò che in questo caso rileva non è tanto l'elemento cronologico in sé, quanto il dato della persistenza nella memoria del reo del ricordo del processo e delle sue conseguenze ai fini della valutazione dei criteri che ne orientano il comportamento.

Al terzo punto del secondo comma dell'art. 99 c.p. vengono prese in considerazione le ipotesi nelle quali il nuovo reato è commesso durante o dopo l'esecuzione della penale inflitta con la prima condanna, oppure durante il tempo in cui il condannato si sottrae all'esecuzione della pena. In questi casi vi è un riferimento diretto all'esecuzione della pena, significativo in quanto nel sistema del codice penale la recidiva prescinde dall'espiazione della condanna: il comportamento del soggetto che ricade nel reato rivela allora una gravità particolare perché è proprio nell'esecuzione della pena che la condanna dimostra in misura maggiore la forza della sua validità⁴¹.

⁴¹ LATAGLIATA A. R., *op. cit.*, p.153.

L'ultimo comma dell'art. 99 c.p. contempla infine l'ipotesi della recidiva reiterata, nell'ambito della quale si avverte in via ancora maggiore il diretto contrasto con il significato etico e giuridico della condanna, dal momento che il presupposto consiste nel fatto che il soggetto sia già un recidivo. La norma prevede le due distinte ipotesi della recidiva reiterata generica e della recidiva reiterata aggravata per una o più tra le circostanze indicate agli ultimi commi della disposizione, contraddistinte da variazioni del limite minimo e del limite massimo della pena.

Rispetto all'assetto previsto dalla legislazione previgente e dai progetti positivisti, in primo luogo, resta immutata la base oggettiva dell'istituto, consistente nel requisito di aver compiuto un reato dopo una precedente condanna e non dopo l'espiazione della stessa.

Il primo cambiamento significativo in relazione all'impianto del codice Zanardelli si nota con riferimento all'operatività temporale della presunzione: se il codice di fine Ottocento prevedeva una restrizione a dieci, talvolta cinque, anni, nella nuova normativa scompare il principio della temporaneità a favore di quello della perpetuità. Il ragionamento del codice Rocco trasforma sostanzialmente la prima condanna in una condanna "perpetua", sospesa fintanto che il soggetto non compia durante la sua intera vita un nuovo reato, incontrando peraltro il favore dell'impronta autoritaria dello Stato fascista. Ora, dunque, il fattore del tempo intercorso tra una condanna e il nuovo reato non preclude mai l'applicazione di un aggravamento della pena e assume due tipi di rilevanza: da un lato, il *breve* tempo fonda uno specifico aumento della sanzione (art. 99 comma 2 n. 2 c.p.), dall'altro il *lungo* tempo è del tutto influente. Nella Relazione ministeriale che accompagna il progetto definitivo del codice si delinea chiaramente la centralità del carattere perpetuo della recidiva nell'economia della riforma quando si afferma che proprio nella previgente natura temporanea risiedeva l'inefficacia delle norme del codice Zanardelli. Il sistema a tempo indeterminato viene inoltre giustificato come necessario dal momento che la legge tiene conto di tutta la vita del colpevole agli effetti della dichiarazione di abitudine e di professionalità nel reato, le quali aggravano la pena attraverso la recidiva e quindi quest'ultima non poteva essere disciplinata se non indipendentemente dal decorso del tempo⁴².

⁴² ROCCO ALF., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, p.149.

La strategia repressiva emerge con ancora maggiore chiarezza dalla previsione per cui l'aumento della pena segue automaticamente la commissione di un reato successivo a una precedente condanna: l'applicazione della recidiva quindi non può essere frutto di una scelta poiché l'esistenza è imposta al pari del suo riconoscimento e la sola possibilità di deroga consiste nei casi in cui dalla tipologia del reato si intuisce la disomogeneità delle condotte criminali. La struttura vincolante dell'istituto si riscontra sia nell'osservazione del momento genetico, a causa dell'automaticità con cui la recidiva consegue alla commissione di un secondo reato dopo una prima condanna, sia sul piano sanzionatorio, con riferimento al terzo e al quarto comma.

Si può desumere *a contrario* a partire dall'art. 100 c.p. che la recidiva era obbligatoria in caso di rapporto tra delitto doloso o preterintenzionale e delitto doloso o preterintenzionale, tra delitto colposo e delitto colposo e tra reati della stessa indole. Il criterio in base al quale il legislatore si era preoccupato di definire "a priori" le ipotesi tipiche⁴³ si ispira essenzialmente al canone dell'omogeneità tra le violazioni, da valutarsi osservando il comune nesso soggettivo e la riconducibilità dei reati a una medesima indole. In entrambi i casi era posta in rilievo l'affinità tra le esperienze personali vissute dal reo: per stabilire il rapporto di recidiva, allora, il giudice era tenuto a verificare che il nuovo episodio criminoso si ricollegasse direttamente al reato precedente, poiché l'esperienza di aver, a ragione di questo, subito un processo penale avrebbe determinato nel condannato una incontrovertibile consapevolezza del disvalore dell'illecito, da cui sarebbe derivato un più stringente impegno a non ricadere nel reato⁴⁴.

Per quanto riguarda il nesso soggettivo, tuttavia, è stato osservato che la formulazione imponeva l'obbligatorietà anche quando le violazioni non fossero riconducibili alla stessa imputazione soggettiva dell'evento, ad esempio nel rapporto tra delitto doloso e delitto preterintenzionale. In questo caso l'ordinamento ha comunque assimilato le due categorie, giustificando l'attribuzione delle conseguenze di una condotta volontaria alle ipotesi preterintenzionali mediante il richiamo alla formula *qui in re illicita versatur tenetur etiam de casu*, presupponendo quindi che il

⁴³ DELL'ANDRO R., *op.cit.*, p. 86 "la valutazione del tipo di colpevolezza (che, normalmente, è affidata al giudice, poiché è al giudice che spetta rivelare la norma concreta e cioè anche subiettivamente qualificata da una categoria subiettiva), con la norma dell'art. 99 c.p. , viene dal legislatore anticipata diremmo, presumendosi legislativamente che l'autore di quel reato abbia commesso l'azione con un modo spirituale tipico."

⁴⁴ LATAGLIATA A. R., *op.cit.*, p. 128.

soggetto versi in una situazione di antiggiuridicità e che sia nel primo segmento della condotta, necessariamente doloso, che si concentra il rimprovero dell'ordinamento⁴⁵. Risulta quindi che la volontà legislativa era orientata a individuare un "tipo" di autore a partire da parametri fondati sull'affinità della natura del rimprovero mosso dall'ordinamento alla condotta di un soggetto, al quale, in presenza dei presupposti ineliminabili di una condanna precedente e di una reiterazione riconducibile alla stessa categoria psicologica, erano conseguentemente imposti un inasprimento della pena e altri effetti pregiudizievole. Gli aspetti "personali" e "soggettivi" risulterebbero così però solo apparenti, poiché il legislatore, che nella costruzione della fattispecie della recidiva non considera le modalità esecutive del reato, le motivazioni, le circostanze di luogo e di tempo, l'esperienza della fase applicativa della pena precedente⁴⁶, realizza una qualificazione di tendenza criminosa da un punto di vista presuntivo e formale⁴⁷.

Sempre la lettura *a contrario* dell'art. 100 c.p. permette di riscontrare nella categoria dei reati della stessa indole, *ex art.* 101 c.p., il secondo elemento che determina l'obbligatorietà della recidiva. Questo tipo di reati dunque rileva, nella materia di cui si tratta, non solo sul piano degli aggravamenti di pena in caso di recidiva specifica (comma secondo numero 1), ma anche come delimitazione del raggio di operatività dell'altro autonomo parametro di obbligatorietà, illustrato precedentemente, consistente nell'omogeneità dell'elemento soggettivo. L'art. 101 c.p. prevede due distinte ipotesi di *omogeneità*, che può essere rinvenuta in relazione alla "stessa disposizione di legge" violata o all'esistenza di "caratteri fondamentalmente comuni" desunti dalla "natura dei fatti che li costituiscono" o "dei motivi che li determinarono": esse si trovano in un rapporto di alternatività dal momento che il passaggio alla valutazione discrezionale del giudice riguardo ai caratteri concreti e fondamentali dei reati può avvenire solo quando si accerti che non vi è violazione della stessa disposizione. Tale possibilità, nella quale si pone in risalto la dimensione concreta della motivazione della condotta, è stata interpretata come una possibile "breccia"⁴⁸ in un sistema altrimenti puramente presuntivo. In

⁴⁵ DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 24.

⁴⁶ Il tempo intercorso e l'esperienza della pena sono presi in considerazione ai punti 2 e 3 del secondo comma, ma solo ai fini dell'aggravamento ulteriore della pena, non della giustificazione dell'obbligatorietà della previsione.

⁴⁷ DASSANO F., *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸ DASSANO F., *op. cit.*, p. 30.

conclusione, il legislatore del 1930 non rigetta del tutto l'esigenza di collegare la personalità del soggetto ai fatti costitutivi, ma si mantiene in ogni caso su una logica normativa astratta e presuntiva.

L'automatismo delle conseguenze non coinvolge solo l'aggravamento della sanzione edittale, bensì, come già nel codice Zanardelli, la recidiva comportava effetti sull'esecuzione penale, poiché si prevedeva all'art. 143 la ripartizione dei condannati negli istituti penitenziari distinguendo in ragione della recidiva e dell'indole del reato, ma anche l'impossibilità per particolari casi di recidivi di beneficiare di indulto e amnistia e, infine, limiti alla sospensione condizionale della pena per chi avesse riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto (art. 164). Erano poi ancora previste nella parte speciale del codice delle particolarità sanzionatorie connesse alla condizione di recidiva. Il carattere obbligatorio e rigido del trattamento giuridico del fenomeno emerge anche in altre figure peculiari di recidiva contenute nella legislazione dell'epoca, ad esempio in materia di contrabbando dei sali e dei tabacchi (art. 82, legge 907/1942) e in materia di repressione delle frodi agrarie (art. 57, R.D.L. 15 ottobre 1925, n. 2033). La pena resta dunque indubbiamente il cardine del meccanismo normativo ideato dal codice, tuttavia, nel costruire un regime di ispirazione più severa l'obbligatorietà investe aspetti ulteriori.

Pur nell'ambito di un sistema fondato su un impianto repressivo e con una vocazione all'automaticità delle conseguenze sanzionatorie, risulta di fondamentale importanza la previsione normativa dell'art. 100 c.p., nel quale il legislatore tipizza le ipotesi di recidiva facoltativa. È data così al giudice la possibilità di escludere la recidiva fra delitti e contravvenzioni, ovvero fra delitti dolosi e preterintenzionali e delitti colposi, ovvero fra contravvenzioni, salvo che si tratti di reati della stessa indole. Proprio dall'esistenza di ipotesi di facoltatività è possibile ricostruire la *ratio* dell'istituto della recidiva dal momento che il significato profondo dell'istituto stesso si poteva cogliere nella delimitazione delle rispettive sfere di operatività tra fattispecie obbligatorie e fattispecie facoltative. Le ipotesi di esclusione non configurano circostanze in cui non si potrebbe ravvisare la recidiva, ma si tratta di situazioni che si presentano compatibili con l'assenza di essa⁴⁹. Se la fisionomia peculiare dei casi di obbligatorietà era l'omogeneità tra le violazioni, le fattispecie di recidiva facoltativa si caratterizzano invece per una tendenziale eterogeneità degli illeciti, da cui deriva la

⁴⁹ DASSANO F., *op. cit.*, p. 33.

differente valutazione del disvalore operata dall'ordinamento. Nell'esaminare la *ratio* dei confini tra le due ipotesi di recidiva, Dassano argomenta come non si possa ritenere che il legislatore abbia inteso punire più severamente solo chi avesse tenuto il tipo più grave di ribellione all'ordinamento, cioè i delitti, lasciando poi impregiudicato il caso della recidiva nei fatti ritenuti minori, le contravvenzioni, o il rapporto tra le due categorie di illeciti, dal momento che la recidiva non è una qualifica che si ricava dalla gravità del reato. Si nega altresì che la distinzione si possa fondare sul riconoscimento di una dimensione special-preventiva dell'istituto, tale per cui l'obbligatorietà sia collegata alle situazioni di maggiore allarme sociale individuate preventivamente dal legislatore e nelle restanti ipotesi occorra accertare concretamente la pericolosità del singolo caso, poiché l'ordinamento differenzia opportunamente, a partire dalla sanzione, la figura della recidiva dalle ipotesi di pericolosità⁵⁰. Sostiene l'essenzialità del significato della norma all'art. 100 c.p. anche Latagliata, il quale anzi si oppone alla dottrina prevalente, che considera la recidiva facoltativa un'ipotesi di natura eccezionale e derogatoria rispetto alla regola della recidiva obbligatoria, affermando invece che la prima costituisce «l'ipotesi più interessante della recidiva proprio per il fatto che l'accertamento di essa deriva non da una presunzione assoluta della legge, ma da un giudizio di valore connesso con l'esame di merito della singola situazione»⁵¹. L'Autore poi pone in luce come le valutazioni da effettuarsi da parte dell'interprete rispetto alle due ipotesi siano strettamente collegate: egli, infatti, per ricavare i casi di recidiva obbligatoria procede per esclusione a partire da quelli tipizzati all'art. 100 c.p., ma per stabilire poi se affermare o escludere in concreto la recidiva facoltativa dovrà servirsi del significato della presunzione legislativa che sta alla base delle ipotesi di recidiva obbligatoria. Gli argomenti impliciti nella legge indirizzano quindi il giudice nell'uso del suo potere discrezionale. Anche Latagliata rigetta la diversa "quantità" dell'illecito come spiegazione alla diversità di trattamento tra i casi di recidiva *ex* art. 99 e art. 100 c.p. e porta invece l'attenzione sul riflesso nell'esperienza personale del colpevole di tutti gli aspetti collegati alla prima condanna. L'obbligatorietà o meno della recidiva deriverebbe allora non tanto dalla gravità propria dei reati commessi, quanto dalla rilevanza del legame mentale concreto che nel reo si stabilisce tra la precedente

⁵⁰ DASSANO F., *op. cit.*, p. 38.

⁵¹ LATAGLIATA A. R., *op. cit.*, p. 121.

condanna e la nuova condotta criminosa⁵². In conclusione, il nucleo essenziale della recidiva facoltativa è la non evidenza di un disprezzo, da parte del reo, nei confronti del valore della precedente condanna, nel caso in cui si possa non riscontrare un'affinità, sul piano psicologico e morale, nel comportamento sottostante ai diversi reati.

Dall'analisi che precede emerge un istituto volto a realizzare una politica rigidamente repressiva del fenomeno della recidiva, costruito su valutazioni costitutive tendenzialmente irrinunciabili che ne comportano la prevalente obbligatorietà dell'applicazione e caratterizzato per la prima volta dalla genericità e dalla perpetuità. I soli margini di flessibilità, lasciati alla discrezionalità del giudice, che è dato riscontrare sono costituiti dalle ipotesi tipizzate di facoltatività e, sul piano sanzionatorio, dall'assenza nel caso di recidiva semplice (comma 1) di un aumento di pena minimo, essendo individuata legislativamente solo la quantità di aggravamento nel massimo.

3. Le esigenze di riforma dell'istituto e la legge del 1974.

Nei confronti della disciplina costruita dal codice Rocco cominciarono presto ad essere rimarcate insoddisfazione e contrarietà nei confronti degli aspetti più meccanici degli aumenti di pena e di un rigore sanzionatorio che non appariva sempre giustificato⁵³. In tale processo di rilettura della figura in esame ebbe un ruolo affatto trascurabile l'avvento della Costituzione repubblicana, che si fece portatrice di nuovi principi e nuovi valori e portò al centro della struttura del sistema delle sanzioni penali i canoni della personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1) e della finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3), contribuendo, da un lato, ad arginare le tendenze ad eccedere nel rigore punitivo e a predisporre, di conseguenza, misure più severe rispetto a quello che suggerirebbe il criterio della colpevolezza, e dall'altro, a superare definitivamente la prospettiva della dottrina abolizionistica della recidiva, che circoscriveva la valutazione della gravità del secondo reato al suo lato oggettivo. La Costituzione elegge dunque la colpevolezza a criterio fondamentale del

⁵² LATAGLIATA A. R., *op.cit.*, p. 125. L'argomentazione è in seguito avvalorata dal richiamo al caso della recidiva specifica, obbligatoria in quanto si verifica quando i reati sono della medesima indole e per la quale è quindi incontestabile l'immediatezza del collegamento tra le due condotte anche nel ricordo del colpevole.

⁵³ MAZZA L., *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 69.

diritto penale dal momento che la responsabilità penale viene saldata alla personalità del reo: la recidiva trova allora confermata in questo mutato contesto la “ragione” della propria presenza nel sistema penale nell’ambito di una nuova visione che non trascura più l’aspetto psichico dell’episodio delittuoso e il significato etico-giuridico con cui la specifica personalità del colpevole connota in concreto la sua azione, e l’aggravamento di pena si ritiene conseguenza di una più intensa colpevolezza⁵⁴.

Le istanze di riforma dell’istituto, diffuse da tempo tra la dottrina e l’opinione pubblica⁵⁵, vennero raccolte dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220, che, emanato nel quadro di un più ampio intervento di mitigazione del sistema penale, conduce a una profonda trasformazione della materia della recidiva attenuandone il trattamento sanzionatorio. La nuova configurazione dell’art. 99 c.p.⁵⁶ denota, infatti, una sensibile riduzione degli aumenti di pena per le figure aggravate previste al comma 2 e per alcuni casi di recidiva reiterata, l’eliminazione del minimo dell’aumento di pena nelle ipotesi di concorso di più circostanze e di recidiva reiterata (ad eccezione della fattispecie di cui al n. 3 del secondo comma), un limite generale al possibile aumento sanzionatorio e viene inoltre introdotto il giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* anche per le circostanze inerenti la persona del colpevole⁵⁷. Ma l’aspetto cruciale della riforma è rappresentato

⁵⁴ MAZZA L., *op. cit.*, p. 72.

⁵⁵ MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, 1975, II, c. 500.

⁵⁶ Art. 9 del d.l. 11 aprile 1974, n. 99: “L’art. 99 del codice penale è sostituito dal seguente:

“Art. 99 (Recidiva). - Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto a un aumento fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.

La pena può essere aumentata fino ad un terzo:

1) se il nuovo reato è della stessa indole;

2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;

3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l’esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena.

Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l’aumento di pena può essere fino alla metà.

Se il recidivo commette un altro reato, l’aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, può essere fino alla metà e, nei casi preveduti dai numeri 1) e 2) del primo

capoverso, può essere fino a due terzi; nel caso preveduto dal numero 3) dello stesso capoverso può essere da un terzo ai due terzi.

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 reato.”

⁵⁷ Art. 6 del d.l. 11 aprile 1974, n. 99: “Il quarto comma dell’art. 69 del codice penale è sostituito dal seguente:

“Le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.”

Art. 7 del d.l. 11 aprile 1974, n. 99: “L’ultimo comma dell’art. 69 del codice penale è abrogato.”

dalla trasformazione del regime dettato per l'applicazione della recidiva da obbligatorio a facoltativo.

La generalizzazione della facoltatività dell'aumento di pena soppianta la generalizzata obbligatorietà prevista dal codice Rocco, che mirava ad assicurare al recidivo un trattamento sanzionatorio particolarmente severo attraverso un vero e proprio automatismo, dal momento che il giudice non valutava una situazione concreta, bensì verificava l'esistenza dell'atto giuridico consistente dalla precedente condanna. La riforma del 1974 muove proprio dall'obiettivo di attenuare il rigorismo della disciplina previgente e portarla a una maggiore conformità alle disposizioni del dettato costituzionale, che si trovava ormai in contrasto con la presenza di una pena fissa non adeguabile alla personalità del reo secondo il canone dell'art. 27 comma terzo, e alle ormai generalmente condivise esigenze di politica criminale di abbandonare presunzioni e automatismi legislativi nel trattamento sanzionatorio⁵⁸. L'ordinamento penale sposta quindi l'attenzione a favore di una lettura personologica dei fatti in questione e muta la prospettiva da cui si deve osservare l'illecito assegnando attenzione primaria all'analisi soggettiva del reo, rispetto alla quale la valutazione costitutiva viene ora a svolgere un ruolo propedeutico, in modo da poter meglio comprendere il significato del secondo reato e il relativo tipo di colpevolezza. La capacità del sistema di adattare i propri strumenti all'individualità e peculiarità del soggetto richiede necessariamente la riappropriazione da parte del principio di colpevolezza di un ruolo fondamentale di canone per la graduazione della pena e di limite all'estensione presuntiva della stessa, nonché correlativamente l'apertura a spazi di discrezionalità affinché il giudice possa valutare il fatto di reato da un punto di vista concreto⁵⁹. La riforma è stata contestualizzata da Latagliata in un periodo di

⁵⁸ Critiche alle scelte compiute dal codice Rocco in ordine al problema del rapporto tra recidiva e finalità della pena erano state sollevate sia da coloro che riservavano alla sanzione una finalità preventiva, sia da chi accoglieva l'idea principalmente retributiva. AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, p. 3.

⁵⁹ In particolare in rapporto all'importanza di un processo di soggettivizzazione che sia coerente con l'art. 27 della Costituzione si è espressa la Corte Costituzionale in relazione alla materia penitenziaria nella sentenza n. 445 del 1997 affermando che la "tipizzazione per titoli di reato non appare lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzione e di individualizzazione della pena" (testo così riportato in MUSCATIELLO V. B., *op. cit.*, p. 99). La centralità della dimensione della colpevolezza nelle valutazioni che, conseguentemente alla riforma, il giudice deve operare è sottolineata dalla Cassazione nella sentenza Cass. Pen., Sez. I, 4 novembre 2003, n. 46325 (ric. Ciani), in *Guida al diritto*, 2004, 10, 99: "La condizione di recidivo non è sufficiente che risulti dall'esame del certificato penale, dal quale possa apprezzarsi il dato fattuale rappresentato dalla pluralità di sentenze di condanne, ma è indispensabile che essa sia stata dichiarata con sentenza emessa in sede cognitiva. Per l'operatività della recidiva, in altri termini, è necessario che questa sia stata oggetto di

rinnovamento del sistema penale contraddistinto dalla tendenza verso un progressivo ampliamento della sfera di discrezionalità riservata ai giudici, sia nel campo del diritto sostanziale che processuale. L'autore mostra di accogliere con favore le modificazioni intervenute rispetto al codice del 1930 in materia di recidiva e di limitazioni al giudizio di comparazione delle circostanze, ma al contempo rileva che, come si approfondirà in seguito, il più ampio orientamento legislativo in cui si inserisce la legge del 1974 è stato in parte accusato di permissivismo ed eccessiva indulgenza e la stessa revisione della recidiva non ha mancato di generare riserve in dottrina⁶⁰.

Il processo di progressiva affermazione, alla luce dell'art. 27 della Costituzione, del principio di colpevolezza ha visto ulteriori momenti significativi con riferimento alla materia in questione, primo tra questi la modifica dell'art. 69 c.p., ad opera del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, che consentendo la comparazione anche delle circostanze inerenti la persona del colpevole ha ampliato in misura molto rilevante la discrezionalità del giudice in funzione di una accentuata individualizzazione della pena e della ricostruzione in chiave soggettiva della recidiva. Un passo successivo sarà poi costituito dalla l. 7 febbraio 1990, n. 19, che risponde all'esigenza diffusa già da tempo di abbandonare la modalità di imputazione delle circostanze aggravanti che rappresentava un'ipotesi di responsabilità oggettiva in favore di un criterio di imputazione soggettivo.

La pena, a questo punto, abbandona il suo carattere presuntivo e viene graduata non più sulla base della sola ricezione di notizie e documenti processuali, ma sulla valutazione di una maggiore colpevolezza da eventualmente riscontrarsi in seguito alla precedente condanna. La condanna viene così a rappresentare un monito della legge rispetto alla possibilità che una successiva reiterazione criminosa possa essere interpretata come espressione di maggiore colpevolezza, pur con la eventuale mitigazione conseguente alla valutazione della personalità del reo secondo i criteri *ex art.* 133 c.p.⁶¹. La ricerca dei presupposti che sono alla base della dichiarazione *ex art.* 99 c.p. deve ora tenere conto delle già menzionate modificazioni intervenute per

contestazione e abbia formato oggetto di dichiarazione giudiziale (con effetto costitutivo) da parte del giudice, il quale, in proposito, escluso il carattere obbligatorio della recidiva (si veda l'art. 99 c.p., come modificato dall'art. 9 del d.l. 11 aprile 1974, n. 99 convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220), dovrà valutare, secondo il proprio prudente apprezzamento discrezionale, non solo la ricaduta nel delinquere, ma anche la gravità del fatto di reato, soprattutto nella dimensione soggettiva correlata alla colpevolezza”.

⁶⁰ LATAGLIATA A. R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in Tommaso Natale, 1975, p. 339.

⁶¹ MUSCATIELLO V. B., *op. cit.*, p. 91.

introdurre il criterio di imputazione personale della recidiva in luogo dei precedenti automatismi presuntivi: il giudizio di maggiore colpevolezza non può più reggersi sulla mera presenza di una precedente sentenza di condanna e, di conseguenza, il fattore aggravante risulta invece essere costituito dalla circostanza per cui il reo ha commesso altro delitto, pur conservando memoria della prima condanna.

Dal punto di vista della qualificazione di una pronuncia giudiziale come sentenza di condanna agli effetti della recidiva, secondo il condiviso orientamento di giurisprudenza e di dottrina⁶², con il termine condanna si intende che presupposto formale per la recidiva possa essere una sentenza o un decreto penale di condanna, a condizione che siano passati in giudicato. L'inequivocabilità del requisito per cui la precedente condanna deve essere divenuta definitiva emerge dal dato letterale dell'art. 99 c.p. e vale a dimostrare la differenza tra la recidiva e la semplice reiterazione degli illeciti nel tempo. Tra le sentenze di condanna sono ricomprese anche quelle straniere, nella misura in cui ad esse sia stato dato riconoscimento *ex art. 12 c.p.*, indipendentemente dall'esistenza di un procedimento penale in corso⁶³. Inoltre, si ritiene indifferente il procedimento, ordinario o speciale, con cui si è giunti alla pronuncia.

Tuttavia, nell'ambito dei procedimenti speciali, dei problemi peculiari sono stati posti dalle condanne con cui si applica una pena su richiesta delle parti: il primo comma dell'art. 445 c.p.p. le equipara esplicitamente alle sentenze di condanna ordinarie e da ciò discende che il giudice può tenere conto anche delle sentenze di "patteggiamento" al fine di riconoscere lo *status* di recidivo. Prima della legge n. 134 del 2003, che riformando il procedimento ha, tra le altre innovazioni, precluso ai recidivi *ex art. 99 comma 4* l'accesso al rito speciale, la dottrina e la giurisprudenza avevano dibattuto la questione della natura del patteggiamento e se esso fosse effettivamente equiparabile a una sentenza di condanna, mettendo quindi potenzialmente in dubbio la possibilità di assumere una sentenza *ex art. 444 c.p.p.* come presupposto per una successiva dichiarazione di recidiva. Ambrosetti coglie l'occasione per separare le vicende relative alla controversia in ambito processuale

⁶² AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 92.

⁶³ "L'interesse al riconoscimento di una sentenza penale straniera ai fini della recidiva sorge per il solo fatto della condanna pronunciata all'estero, indipendentemente dall'esistenza di un procedimento penale in corso al quale la recidiva vada riferita, giacché per l'ammissibilità del riconoscimento non occorre l'attualità degli effetti, ma soltanto la possibilità di essi." (Cass. Sez. II, 13 novembre 1984 (ric. Cantieri), in *Mass. dec. pen.*, 1984, p. 1575, m. 167.232)

dalla materia della recidiva, rimarcando di conseguenza la mutata concezione dei presupposti per riconoscere quest'ultima. L'autore infatti prescinde dalla discussa validità dell'orientamento delle Sezioni Unite e sostiene che ai fini del riconoscimento della recidiva sia indifferente la circostanza che la pena sia stata applicata con il rito *ex art. 444 c.p.p.*, dal momento che se si giustifica l'aggravamento sanzionatorio sulla base di una più intensa colpevolezza sorta dal rifiuto del reo di tenere adeguatamente conto del monito derivante dalla precedente condanna, agli effetti della recidiva risulta ininfluente che nella sentenza di patteggiamento sia escluso l'accertamento sulla responsabilità del reo. Ciò che, infatti, assume rilevanza è che l'esperienza giudiziaria in sé avrebbe dovuto costituire per il soggetto un decisivo avvertimento ad evitare di ricadere nel reato, a maggior ragione poi se il condannato sia anche stato sottoposto all'esecuzione della pena sarebbe contraddittorio negare l'equiparazione del provvedimento contestato a una sentenza di condanna ordinaria⁶⁴. Altra peculiarità del rapporto tra recidiva e condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p. consiste nella limitazione temporale del valore della sentenza di patteggiamento agli effetti di una successiva dichiarazione *ex art. 99 del codice penale*. Il secondo comma dell'art. 445 c.p.p. infatti prevede che *“se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole”* il reato è estinto e viene a cessare ogni effetto penale, in questa circostanza quindi il giudice non può più tenere conto della sentenza che ha applicato la pena su richiesta delle parti ai fini della recidiva.

Non può invece essere assunta come presupposto formale per la dichiarazione *ex art. 99 c.p.* la pronuncia con cui è concesso il perdono giudiziale, dal momento che tale causa di estinzione del reato consiste in una pronuncia di proscioglimento in luogo della condanna e risulta impossibile valutarla ai fini della recidiva⁶⁵. Rileva infine l'art. 106 c.p. che, in rapporto alle sentenze di condanna in

⁶⁴ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 93.

⁶⁵ “Il perdono giudiziale, pur presupponendo un effettivo accertamento di colpevolezza dell'imputato, si concreta non già nella rinuncia da parte dello Stato all'esecuzione della pena, ma alla condanna che lo stesso imputato avrebbe meritato per aver commesso il reato. In sostanza il perdono giudiziale si risolve in una pronuncia irrevocabile di proscioglimento in luogo della condanna, che consegue all'affermazione di colpevolezza, avente carattere definitivamente e pienamente liberatorio. Il perdono giudiziale, infatti (sia stato concesso nella fase istruttoria o al dibattimento) produce l'unico effetto di non poter essere concesso una seconda volta, mentre nessun effetto produce ad altri fini; il

ordine alle quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena, distingue agli effetti della recidiva le condanne per le quali la causa di estinzione del reato o della pena non comporta la cessazione degli effetti penali, da quelle per cui invece cessano anche questi. Nel primo caso il giudice può tenere conto della sentenza ai fini della recidiva e si configurano i casi di sospensione condizionale, prescrizione della pena, amnistia impropria, liberazione condizionale, indulto o grazia. Non possono essere invece ritenuti dal giudice che valuti lo *status* di recidivo gli istituti che estinguono anche gli effetti penali, come la riabilitazione, l'*abolitio criminis* o la dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice. Nello stabilire che, ai fini del riconoscimento dell'istituto in esame, si deve tenere conto anche delle condanne per le quali sia intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena ma continuino a persistere gli altri effetti penali del giudicato, il primo comma dell'art. 106 c.p. conferma che la rilevanza giuridica della condanna prescinde dalla effettiva esecuzione della pena e l'ordinamento le riconosce una rilevanza a sé stante.

La facoltatività generalizzata segna il passaggio da una definizione formale a una definizione sostanziale della recidiva, da cui deriva che la preesistenza della condanna, come atto giudiziale, non ne esaurisce più la nozione ma costituisce un presupposto al quale deve aggiungersi il requisito essenziale, desumibile da una lettura sistematica della *ratio* della nuova disciplina, della personalità del reo. Occorre quindi, nel quadro della mutata sensibilità successiva alla riforma, attribuire un giusto significato alla precedente condanna⁶⁶, che viene a conferire alla nuova azione criminosa del colpevole il senso della maggiore gravità. La storia personale del reo viene trasferita nella condanna precedente e impone di valutare il secondo reato alla luce della "spiritualità del colpevole". Il nuovo reato si pone in contrasto con la specifica norma violata, ma anche con il significato sostanziale della condanna, rivelando il disprezzo sia per la legge che per l'ordinamento; in questo caso il soggetto dimostra, nonostante la sentenza sia divenuta irrevocabile, momento a

provvedimento relativo non può valere come sentenza di condanna agli effetti della recidiva." (Cass. Sez. II, 7 dicembre 1976 (ric. P.M. in proc. Capuano), in *Cass. Pen.*, p. 49, m. 136.058)

⁶⁶ L'importanza del giudicato di condanna a questi fini in realtà era già stata rilevata in LATAGLIATA A. R., *Contributo*, cit., p. 67: "la legge non fa che raccogliere nella coscienza comune il senso di una spontanea, diversa valutazione dell'azione criminosa di colui che ha in precedenza subito delle condanne penali e di colui che, viceversa, pur avendo già commesso degli illeciti, non è passato attraverso la mortificazione della condanna definitiva."

partire dal quale egli dovrebbe necessariamente coglierne l'autorità etico-giuridica, di negare il significato intrinseco dell'esperienza giudiziale e di svilire il significato dei meccanismi posti in essere dall'ordinamento⁶⁷. Tra il reo e la condanna precedente vi è un collegamento "psicologico su basi normative"⁶⁸, tale per cui di fronte a una colpevolezza che esprime una maggiore rimproverabilità, a causa della rinnovata ribellione del reo al sistema, si giustifica l'aumento di pena per il recidivo.

La radicale riforma messa in atto dal d.l. del 1974 ha però sollevato anche diffuse criticità per due principali ordini di motivi: da un lato si è osservato come il regime di discrezionalità introdotto fosse troppo ampio, dall'altro si è contestato il tipo di provvedimento con cui sono state apportate le modifiche alla disciplina. Le considerazioni sul primo punto sono piuttosto condivise, sulla base delle difficoltà a inquadrare compiutamente la scelta di introdurre una discrezionalità così estesa e priva di parametri ai quali il giudice potesse fare riferimento nell'ambito di un ordinamento penale molto legato al principio di legalità al fine di evitare arbitri giudiziari. Nello spirito della riforma del 1974 la facoltatività, di cui si tratterà più approfonditamente in seguito (si veda il par. 3.2 del capitolo I), si giustifica in ragione della finalità di attenuare il rigore sanzionatorio e dell'obiettivo di adeguare le pene al principio di individualizzazione dettato dalla Costituzione, tuttavia è stato riconosciuto che l'assoluta mancanza di indicazioni in merito ai criteri in base ai quali il giudice doveva operare le proprie valutazioni ha accresciuto i punti di incertezza riguardo un istituto già complesso di per sé, riportando in evidenza i problemi legati al fondamento della recidiva, poiché proprio dalla scelta di considerare l'istituto in termini di pericolosità o di colpevolezza dipendeva l'individuazione dei parametri richiesti⁶⁹. Contrarietà rispetto a questo punto è stata espressa sia da chi complessivamente interpreta l'apertura alla discrezionalità del giudice come «un atto di fiducia nella magistratura italiana»,⁷⁰ ma riconosce il possibile pericolo di atti di arbitrio derivante dalla mancanza di criteri direttivi, sia da chi si pone in più netto

⁶⁷ MAZZA L., *op. cit.*, p. 81.

⁶⁸ MUSCATIELLO V. B., *op. cit.* p. 92.

⁶⁹ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 6.

⁷⁰ Il riferimento è a MELE V., *op. cit.*, c. 504, che continua: "perché si traduce in sostanza in una voluta maggiore libertà per il giudice, il quale può, spaziando in una maggiore discrezionalità nell'applicazione della pena, rapportare meglio questa al reato e al suo autore. Il reato viene così valutato nelle sue giuste dimensioni, mediante una seriazione di verifiche, che, partendo dal fatto – inteso questo come nucleo centrale dell'illecito – porti al risultato ultimo della attuazione della pretesa punitiva dello Stato nella maniera più aderente alla soddisfazione di tale interesse."

contrasto con questo lato della disciplina. Tra questi ultimi è notevolmente significativa la posizione di Nuvolone, particolarmente critico nei confronti dell'ampiezza di giudizio affidata al giudice, che ravvisa «un caso di “sovranità” giudiziale, sottratta persino all'obbligo di motivazione (che sarebbe concepibile solo se la legge dettasse, quanto meno, degli indici di massima)» e pone in dubbio la legittimità costituzionale di un «arbitrio immotivato, che prescinde da qualsiasi fattispecie legale» rispetto al principio di legalità⁷¹.

L'altro elemento che ha sollevato in dottrina giudizi negativi in merito alla riforma consiste nella natura del provvedimento con cui è stata attuata, ossia il decreto legge. Si è già sottolineato il sentimento diffuso di impellenza rispetto a una revisione della disciplina dell'istituto della recidiva, ma il rilievo critico nasce dall'idea che la riforma sia stata determinata da «un'urgenza emotiva»⁷² e non da una adeguata riflessione sulla materia. Energicamente contrario all'utilizzo di tale tipo di decretazione per la riforma in discussione è ancora una volta Nuvolone, che vede in essa il riflesso della «crisi profonda del nostro Stato» e disapprova duramente «la riforma affrettata degli istituti della recidiva, delle circostanze, del concorso di reati, del reato continuato, della sospensione condizionale»⁷³. Per quanto effettivamente si ricorse ad un provvedimento d'urgenza, poiché il 4 maggio 1974 sarebbero decorsi i termini della carcerazione preventiva per alcuni condannati a pene molto gravi, il rilievo critico è stato successivamente confutato dalla dottrina⁷⁴ che ha sottolineato come l'intervento di modifica del 1974, fatta eccezione per le prime di carattere processuale legate alla contingenza, era stato preceduto da anni di riflessione in merito agli istituti riformati nonché da precedenti legislativi, come il c.d. disegno di legge Gonella del 1971⁷⁵ o la proposta dell'onorevole Alessi del 1968⁷⁶. È parso allora

⁷¹ NUVOLONE P., *Il sistema*, *op. cit.*, p. 336.

⁷² NUVOLONE P., *Commento al D.L. n. 99/1974*, in *Indice penale*, 1974, p. 332.

⁷³ NUVOLONE P., *Commento*, *cit.* L'autore poi conclude: «la spiegazione è una sola: si è voluto far vedere che, dopo tanti indugi pluridecennali, si faceva qualcosa, nella convinzione che il Parlamento non avrebbe fatto niente. Il che può essere vero; ma è una sentenza di condanna (senza condizionale) per un sistema che si dimostra incapace di affrontare i grandi temi della politica criminale e della difesa sociale, preferendo legiferare in base a criteri contingenti e a stimoli occasionali».

⁷⁴ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 4.

⁷⁵ Il progetto di riforma del codice penale, presentato come disegno di legge dal Ministro di Grazia e Giustizia Gonella al Senato nel 1968 e approvato solo dallo stesso in due differenti legislature nel 1971 e nel 1973, nella dichiarata ottica di meglio equilibrare le esigenze di difesa sociale e di rieducazione della pena, tra le altre misure proponeva di rendere facoltativa la recidiva, negli stessi termini che saranno poi adottati dal d.l. del 1974. AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 4.

⁷⁶ Il riferimento è alla *Proposta di modifica degli artt. 99, 100 e 106 c.p. sulla “recidiva”* presentata dall'onorevole Alessi alla Camera dei Deputati nel 1968 nella quale si propone di ampliare “il potere

legittimo concludere che la riforma del 1974, da questo punto di vista, non ha fatto altro che recepire le istanze già da tempo avanzate in dottrina, e in alcuni casi dibattute anche in Parlamento, e che l'introduzione dell'aggravamento facoltativo di pena nell'ipotesi di recidiva non poteva essere considerato il risultato di una scelta estemporanea del legislatore.

Prima di passare all'esame dei singoli aspetti sanzionatori della nuova disciplina, si può concludere che la novella del 1974 rappresenta una chiara inversione legislativa rispetto all'accentuata severità del trattamento previsto dal codice del 1930. Da questo punto di vista ancora più che le diminuzioni negli aumenti di pena per le ipotesi di recidiva aggravata e l'introduzione del limite assoluto all'ultimo comma dell'art. 99 c.p., emerge la rilevanza della trasformazione del regime sanzionatorio in discrezionale e l'inserimento della recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze. Tuttavia, mentre il primo aspetto, che comporta la valorizzazione della discrezionalità del giudice, appare di per sé in armonia con il disegno costituzionale, rispetto alla modifica intervenuta all'art. 69 c.p. la dottrina ha avvertito la necessità di sottolineare la sostanziale eterogeneità della recidiva rispetto alle altre aggravanti del reato, anche in conseguenza della peculiare e complessa valutazione che porta al riconoscimento dell'istituto, al punto da rendere il giudizio *ex art. 69 c.p.* la delicata sede per trovare i correttivi all'ampliamento del potere giudiziale di bilanciare le circostanze.

3.1. *La nuova struttura della recidiva.*

La nuova disciplina dell'art. 99 c.p., dal punto di vista della misura edittale, si caratterizza per un duplice piano di modifiche: da un lato la riduzione dei limiti massimi, dall'altro la tendenziale abolizione dei minimi rigidi. La diminuzione della pena è il risultato di una scelta politico-legislativa con cui si stabilisce di valutare la recidiva con meno severità, l'abolizione dei minimi rigidi invece può essere interpretata come una "indifferenza" della volontà legislativa rispetto al valore del contenuto delle fattispecie meno gravi, da questa soppressione inoltre trae ancora più

discrezionale del giudice sia in ordine alla facoltà data al potere giudiziario di escludere, in casi determinati, la recidiva, sia in ordine alla applicazione della pena, pur mantenendo la graduazione dei massimi". Inoltre, "il principio dominante è che in questa materia ogni regola debba cedere al caso concreto perché sia evitata l'iniquità". Di *equità* come positivo apporto nel diritto penale ad opera della riforma del 1974 parla anche MELE V., *op. cit.*, c. 501.

rilievo la permanenza dell'unico caso di limite rigido tassativo previsto per una particolare ipotesi di recidiva reiterata⁷⁷. Il legislatore, inoltre, nel fissare la misura degli aumenti di pena non accenna ad alcuna distinzione tra i casi in cui le pene precedenti e le pene successive siano omogenee e quelli in cui tale omogeneità non vi sia. La recidiva quindi produce gli effetti sulla pena inflitta per il nuovo reato indipendentemente dalla specie delle pene comminate per le condanne precedenti e la sanzione che subisce l'aumento deve risultare dello stesso tipo di quella irrogata con l'ultima condanna⁷⁸.

a) *La recidiva semplice.*

La struttura delle diverse forme di recidiva contemplate all'art. 99 c.p. è rimasta sostanzialmente invariata anche dopo la riforma del 1974, salvo che per alcune modificazioni, in senso favorevole al reo, dal punto di vista della misura delle sanzioni. La disciplina della recidiva semplice al primo comma resta invariata rispetto al testo originario del codice Rocco anche dal punto di vista dell'aumento della pena, che può essere applicato fino ad un sesto della pena e conserva il carattere di perpetuità già affermato dalla legislazione precedente, in contrasto con l'impianto del codice Zanardelli. Oggetto della precedente condanna o del secondo reato può essere indifferentemente un delitto o una contravvenzione e risulta pure ininfluenza l'indagine sul contenuto dell'elemento psicologico dell'illecito. È stata sottolineata la necessità di intendere il concetto di reato "commesso" come propriamente tale e di distinguere quindi il momento della commissione da quello della "consumazione": si rivela indispensabile che, ai fini della recidiva, il reato ulteriore sia *commesso* dopo la sentenza divenuta irrevocabile e non è sufficiente che il reato giunga a consumazione oltre tale momento⁷⁹.

⁷⁷ DASSANO F., *op. cit.*, p. 92. L'autore inoltre ricorda come nella legislazione italiana, l'aumento minimo "garantito" si inserisca nel piano della prevenzione generale e sia perciò disgiunto da istanze special-preventive sul piano sanzionatorio.

⁷⁸ BERTONI R., *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 1402. L'autore adduce l'esempio per cui alla nuova condanna consegue una pena detentiva e questa deve essere aumentata di una frazione dello stesso tipo di pena anche quando, in ipotesi, il reo avesse riportato solo condanne a pena pecuniaria nella precedente sentenza.

⁷⁹ MAZZA L., *op. cit.*, p. 91. La consumazione infatti corrisponde al momento in cui risultano integrati tutti gli elementi essenziali di una fattispecie tipica descritta dal legislatore. Agli effetti del riconoscimento della recidiva, un reato eseguito prima della condanna irrevocabile, ma consumato dopo, avrebbe lo stesso significato di quello eseguito e consumato prima della condanna.

b) *Le forme di recidiva aggravata.*

Per le diverse fattispecie aggravate previste al secondo comma la novella del 1974 applica una diminuzione del limite massimo della pena, portandolo dalla metà a un terzo. Occorre innanzitutto notare che la questione della discrezionalità si presenta in modo diverso in relazione alla recidiva aggravata rispetto a quella generica: nelle forme aggravate, infatti, i criteri su cui si fonda il potere del giudice di aumentare la pena sono specificamente indicati, la sfera di discrezionalità giudiziale è quindi minore rispetto a quella riferibile alle ipotesi di cui al primo comma dell'art. 99 c.p. Va inoltre considerato che nel caso delle fattispecie aggravate si verifica una "doppia discrezionalità", cioè sono richieste al giudice due differenti valutazioni facoltative, da un lato in ordine all'esame dei presupposti formali e sostanziali della recidiva semplice, dall'altro al fine di esaminare i requisiti specifici delle singole ipotesi aggravate⁸⁰.

La prima figura aggravata concerne la recidiva "specificata", ossia quella che ricorre quando il nuovo reato è della stessa indole di quello per cui è già stata subita una condanna. La riforma del 1974 ha comportato un ridimensionamento del suo ruolo dal momento che si consentiva al giudice di non dichiararla, in nome della generalizzazione della facoltatività. L'ipotesi di recidiva in questione richiama direttamente, al fine di individuare il contenuto della nozione di "reati della medesima indole", l'art. 101 c.p., che pure ha suscitato diversi problemi interpretativi. L'art. 101 c.p. enuncia, da un lato, un criterio formale per cui si prende in considerazione la violazione di uno stesso disposto di legge⁸¹, dall'altro un criterio sostanziale oggettivo e soggettivo. A differenza del codice Zanardelli, che all'art. 82 indicava specificamente le tipologie di illeciti da considerare caratterizzati da una medesima indole, l'art. 101 c.p. attribuisce tale qualificazione a reati che, pur essendo riconducibili a disposizioni diverse, a seguito di una concreta valutazione giudiziale, mostrano di possedere caratteri fondamentali comuni⁸². L'omogeneità può essere desunta quindi, in seconda istanza e in assenza del requisito formale, dall'elemento

⁸⁰ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 114.

⁸¹ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. 456 precisano che per violazione della stessa disposizione di legge "è da intendere lo stesso titolo di reato, onde la medesima indole ricorrerà tra la forma consumata e tentata o circostanziata di una stessa figura criminosa".

⁸² Già in LATAGLIATA A. R., *Contributo*, cit., p. 131 si rilevava come l'ampia formulazione dell'art. 101 c.p. "vincola il potere discrezionale del giudice ad un criterio ontologico di valutazione ricavato dall'analisi dell'esperienza concreta".

oggettivo della natura dei fatti che costituiscono gli illeciti ovvero dall'elemento soggettivo rappresentato dai motivi del reato, ma indubabilmente è il risultato di un giudizio concreto, poiché la dottrina maggioritaria rifiuta gli orientamenti, secondo i quali l'omogeneità tra reati si potrebbe ricavare dalla collocazione degli stessi nell'ambito di un medesimo capo o di una medesima sezione del codice penale, che riproporrebbero un criterio prevalentemente non sostanziale e astratto⁸³.

Altra questione problematica concerne la possibilità di ammettere il legame della medesima indole tra delitti e contravvenzioni ovvero fra illeciti connotati da un diverso elemento psicologico. Il testo dell'art. 101 c.p. non preclude esplicitamente la facoltà di qualificare come omogenei reati che denotano un diverso elemento psicologico e l'art. 100 c.p., prima di essere abrogato dalla riforma del 1974, forniva alla dottrina prevalente una conferma alla tesi secondo cui delitti e contravvenzioni ovvero illeciti commessi con diverso elemento psicologico possono essere considerati reati della stessa indole. Tuttavia, proprio il riferimento, contenuto nell'articolo, a una valutazione in concreto impedisce di radicare l'identità dell'indole su una tendenza o inclinazione criminosa del soggetto, nonché di formulare giudizi a carattere generale e rimanda quindi all'esame dei singoli casi concreti il giudizio rispetto alla sussistenza di un carattere di omogeneità⁸⁴. La medesima indole dei reati può essere qualificata come sintomatica di una maggiore pericolosità del reo o come elemento di una più intensa colpevolezza, a seconda dell'interpretazione adottata con riferimento alla *ratio* dell'istituto della recidiva. In ogni caso, può essere assunta come indice di una più marcata relazione tra la prima esperienza giudiziaria e il nuovo delitto, tanto da giustificare l'ulteriore aggravamento di pena.

L'apprezzamento *ex art.* 101 c.p. richiede un cospicuo impiego di discrezionalità da parte del giudice, ma tale attività resta tuttavia vincolata al previo rinvenimento degli elementi qualificanti la recidiva specifica, in modo da condurre l'operazione di ricerca dei "caratteri fondamentali", che connotano i reati posti in confronto, alla luce della *ratio* dell'istituto stesso. L'apprezzamento affidato al giudice si rivolge alle questioni di fatto solo per quanto riguarda la ricostruzione storica dei fatti e dei motivi che hanno portato il colpevole a compiere il reato, per ciò che attiene alla valutazione dell'affinità dell'indole, invece, il giudizio del magistrato deve

⁸³ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 117.

⁸⁴ ROMANO M., *Art. 101*, in *Commentario sistematico del codice penale*, di ROMANO M., GRASSO G., 2012, II, p.110.

ancorarsi alla «valutazione che della natura di quei fatti e di quei motivi fa la coscienza sociale»⁸⁵.

La seconda figura aggravata prevista dall'art. 99 c.p. consiste nella recidiva "infraquinquennale": l'elemento dello scorrere del tempo non influisce dunque sulla declaratoria della recidività, ma può incidere sulla gravità della stessa, poiché una breve distanza di anni mantiene nella memoria del reo l'attualità dell'episodio criminoso e della relativa condanna. Il codice Zanardelli operava, all'interno dell'art. 80, una partizione tra condanne ad una pena superiore ai cinque anni e condanne a pene minori, fissando due diversi limiti di tempo nell'ambito di una concezione di recidiva pur sempre "a termine". Questa disciplina evidenziava chiaramente la necessità di rafforzare il più possibile il collegamento tra la gravità della condanna e il valore del decorso del tempo, sottolineando la relazione che intercorre tra il peso di una condanna e la durata del tempo della sua efficacia, nonché il meccanismo per cui l'intensità di un ricordo nella coscienza del colpevole e il suo perdurare tra le valutazioni etico-giuridiche che ne condizionano l'agire sono direttamente rapportate alla severità del contenuto del provvedimento e alla stessa "traumatizzante" vicenda processuale. Il giudice, dopo la riforma del 1974, è tenuto a valutare la gravità del precedente giudizio penale e ad accertare caso per caso «l'influenza che il tempo, nella relativa brevità del suo decorso, poteva avere ed ha avuto sul ricordo della condanna precedente»⁸⁶, risulta così pienamente ragionevole l'omissione della previsione di un limite minimo per l'aumento di pena.

Un'altra circostanza in cui si segnala una significativa correlazione tra la condanna precedente e il nuovo reato è contemplata al terzo punto del secondo comma dell'art. 99 c.p., ossia nei casi in cui sono individuate tre situazioni che collegano la recidiva all'esecuzione della pena. La prima figura riporta l'ipotesi in cui il soggetto già condannato ricade nel reato durante l'esecuzione della condanna, facendo quindi trasparire disprezzo nei confronti della rilevanza del giudicato e del ruolo etico-giuridico sotteso all'espiazione della pena. Il concetto di "esecuzione" si riferisce non solo alla modalità detentiva, bensì anche alle misure alternative⁸⁷ e alle

⁸⁵ MAZZA L., *op. cit.*, p. 95.

⁸⁶ LATAGLIATA A. R., *Contributo*, cit., p. 151.

⁸⁷ Si rileva in MAZZA L., *op. cit.*, p. 98 come si configuri una ribellione ancora maggiore nei casi in cui la ricaduta del reato si compia durante l'affidamento in prova o la semilibertà, poiché risulta più deprecabile la non adeguata valutazione, da parte di chi fruisce di meccanismi indulgenziali, dei valori di cui è portatrice la legge.

condanne a pena pecuniaria⁸⁸. Non si configura invece la circostanza in esame in caso di esecuzione di una misura di sicurezza, successiva all'espiazione della sanzione, posta la differenza di significato e funzioni attribuite ai due istituti dal sistema penale. La seconda previsione fissata al numero 3 del secondo comma si realizza nel momento successivo a quello in cui il colpevole ha finito di scontare la pena, anche qualora questa non sia stata espia per intero, in una situazione quindi in cui il reo avrebbe dovuto portare a compimento il processo di emenda. Il giudice valuta, inoltre, le singole situazioni al fine di rinvenire un'eventuale rapporto di implicazione tra l'esecuzione della pena e il successivo reato. Infine si tiene conto, ai fini di questa particolare ipotesi di recidiva aggravata, dei casi in cui il nuovo reato è commesso dal latitante o dall'evaso, nelle situazioni quindi in cui il reo si sottrae deliberatamente all'esecuzione della pena, mostrando pertanto una più grave e ampia forma di ribellione all'apparato esecutivo dell'ordinamento e alla sua pretesa coercitiva.

c) *Il concorso di più circostanze aggravanti.*

Il comma terzo dell'art. 99 c.p., che fissa la disciplina dell'ipotesi di concorso di più circostanze aggravanti, è stato modificato dalla riforma del 1974 che ha condotto all'eliminazione del minimo, dando luogo alla possibilità di una maggiore diversificazione degli aumenti di pena. Pur se contestualizzabile nella più volte sottolineata ottica indulgenziale del provvedimento legislativo, l'abolizione del minimo di pena non comporta la svalutazione della più accentuata gravità della ribellione alla legge penale in caso di contemporanea presenza di più circostanze aggravanti la recidiva, bensì non fa che rimettere la valutazione della gravità delle singole ipotesi a un prudente apprezzamento del giudice, sottraendola alla fissazione di un limite presuntivo *a priori* ad opera della legge.

d) *La recidiva reiterata.*

Rispetto alla recidiva reiterata contemplata al quarto comma dell'art. 99 c.p. è possibile notare che ne sono rimaste immutate le caratteristiche strutturali, poggianti

⁸⁸ Ad esempio, si nota in AMBROSETTI E., *op. cit.*, p.129 che “sotto il profilo della ratio della norma, non sembra emergere alcuna differenza fra la condanna a pena detentiva e quella pecuniaria, dal momento che non si può in alcun modo escludere che quest'ultima non possa avere quel maggiore effetto psicologico sul reo tipico di una condanna che abbia avuto esecuzione”.

sul fatto che il nuovo reato viene commesso da chi è stato già dichiarato recidivo in una precedente sentenza, e la novella del 1974 è intervenuta a modificare gli aumenti di pena, differenziandoli in relazione alle varie ipotesi previste ai numeri 1, 2 e 3 del comma secondo dello stesso articolo. L'aumento della sanzione per la recidiva reiterata semplice, nella quale la prima recidiva non era qualificata da alcuna circostanza, resta inalterato nonostante l'abolizione del limite minimo; al contrario, rispetto alle ipotesi aggravate, il legislatore opera una scissione del trattamento sanzionatorio, dal momento che nelle fattispecie di cui al numero 1 e 2 l'aumento può raggiungere i due terzi, mentre per quelle di cui al numero 3 l'aggravamento può variare da un minimo di un terzo a un massimo di due terzi. In caso di recidiva reiterata si assiste a un duplice monito dell'ordinamento, consistente, da un lato nella prima condanna e, dall'altro, nella precedente dichiarazione di recidiva: l'ulteriore aggravamento della sanzione si giustifica così per il duplice rifiuto del reo nei confronti dei valori affermati dalla legge e dal sistema penale. La materia è stata oggetto di controversie in merito alla possibilità di riconoscere la recidiva reiterata per il solo fatto che il reo abbia riportato dei precedenti penali, senza che la qualifica prevista dall'art. 99 comma primo del codice penale sia stata accertata giudizialmente. Alla luce della riforma operata nel 1974, tuttavia, non è più possibile ritenere che la recidiva sia una condizione giuridica che consegue automaticamente alla verifica dell'esistenza di una precedente condanna nel casellario giudiziale, prescindendo dall'analisi del valore etico-giuridico della singola situazione e della concretezza della precedente affermazione di colpevolezza. La stessa flessibilità della reazione sanzionatoria, introdotta dal d.l. del 1974 per le fattispecie di recidiva reiterata, impone l'esigenza che il giudizio non possa scaturire dalla mera considerazione dei precedenti penali dell'imputato, bensì da un accertamento in concreto operato dal magistrato per apprezzare i connotati intrinseci della prima dichiarazione di recidiva⁸⁹.

Occorre rimarcare che, nel mutato assetto normativo caratterizzato dalla facoltatività dell'aumento di pena, in assenza di una sentenza definitiva che attribuisca la qualità di recidivo, il giudice non è legittimato a dichiarare la recidiva reiterata: il magistrato che si occupa del nuovo reato non può in nessun caso né correggere né integrare la precedente sentenza passata in giudicato, ma è tenuto ad attenersi alla

⁸⁹ MAZZA L., *op. cit.*, p. 103.

precedente decisione al fine di evitare di violare una «fondamentale preclusione processuale»⁹⁰. Può dunque verificarsi l'ipotesi in cui, ad esempio, sia assente la dichiarazione di recidiva pur in presenza di una sentenza di condanna, che si verifica quando il giudice non ha riscontrato la sussistenza dei presupposti sostanziali che devono ormai accompagnarsi a quello formale, venendo a costituire un limite invalicabile per il magistrato che si occupa dei successivi reati. Il giudice, nello stabilire l'aumento di pena nei limiti fissati dal comma quarto dell'art. 99 c.p., deve in ogni caso tenere in considerazione tutti gli elementi che permettono di costruire una sanzione proporzionata all'intero disvalore del fatto di reato nel preciso contesto in cui si colloca.

e) *Il limite all'aumento di pena.*

All'ultimo comma dell'art. 99 c.p. la riforma del 1974 introduce la previsione per cui l'aumento della pena per effetto della recidiva non può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato. Si tratta di una disposizione sconosciuta al sistema anteriore alla novella, ma che era invece contemplata dal codice Zanardelli al comma terzo dell'art. 80 con il preciso intento di mitigare l'aggravamento della pena fissando un tetto invalicabile. Parte della dottrina ha ravvisato in questa disposizione un apporto in termini di equità, tendente a evitare che precedenti reati di poco conto vengano ad aumentare in maniera sproporzionata la pena per un nuovo reato di rilevante gravità⁹¹, altri invece hanno distinto il ruolo con cui la statuizione in discussione era stata introdotta nel codice Zanardelli rispetto a quello rivestito nella novella. Nel secondo caso, infatti, non rileverebbe tanto come limite alla severità del trattamento sanzionatorio, quanto piuttosto in una prospettiva di retribuzione, assumendo che oltre un certo livello la pena perde ogni effetto concreto⁹². Dassano ha cura di distinguere il riferimento al concetto di "commissione" di cui al primo comma dell'art. 99 c.p. da quello apparentemente affine contenuto all'ultimo comma. Nel primo caso il richiamo ha la finalità di definire il presupposto qualificante della recidiva, nell'ultimo comma, invece, il termine non attiene alla struttura dell'istituto, bensì al piano delle

⁹⁰ MAZZA L., *op. cit.*, p. 104.

⁹¹ PITTARO P., *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. XI, Torino, 1996, p. 363.

⁹² MAZZA L., *op. cit.*, p. 106.

conseguenze sanzionatorie⁹³. Il limite introdotto all'ultimo comma dell'articolo vale per tutti i limiti edittali stabiliti a carico delle varie ipotesi di recidiva: questi potranno quindi operare integralmente solo se risultano inferiori, o pari, al cumulo delle pene irrogate con le condanne precedenti o all'entità di una eventuale unica condanna antecedente. Ciò che effettivamente conta per il legislatore non è tanto la gravità propria delle vecchie condanne o del nuovo reato, quanto l'incidenza di quelle sulla determinazione dell'aumento di pena per il nuovo illecito, sulla base di un «reciproco rapporto di gravità»⁹⁴. L'importanza della previsione è allora ricondotta non tanto a un effetto di solo *favor rei*, quanto alla conferma che il giudizio di recidiva, non focalizzandosi unicamente sui dati della gravità e della natura del nuovo reato commesso, è in realtà svincolato dall'elemento della capacità a delinquere, che emerge proprio da questi. Il limite “assoluto” di recidiva poggia dunque sul disvalore che traspare dalle precedenti condanne, come elemento strutturale della recidiva, e conferma che, nella materia in questione, il legislatore non ha operato in un'ottica di accertamento di pericolosità verso il futuro, ma ha posto l'attenzione sul “rapporto” concreto tra i fatti già coperti da giudicato e i fatti anche ancora da sottoporre al giudizio⁹⁵. Al soggetto che ricade nel reato si rimprovera uno specifico grado di recidiva che trae la propria misura dalla condanna precedente, il sistema quindi elabora un modello di «*gradualismo nella significatività della recidiva*, che si attua attraverso uno stretto meccanismo di *proporzionalità* desunto dalla entità delle condanne *precedenti*, quindi a ritenere che la dimostrata insufficienza delle pene autorizzi in senso progressivo un suo inasprimento»⁹⁶.

f) Ulteriori conseguenze giuridiche.

Fin dalla disciplina predisposta dal codice Zanardelli, a partire dalla dichiarazione della recidiva potevano inoltre derivare altre conseguenze giuridiche,

⁹³ DASSANO F., *op. cit.*, p. 98. Di conseguenza, “il limite in questione, essendo destinato ad operare al momento della irrogazione della pena, attiene alla valutazione del complesso di disvalore emergente dalla fattispecie concreta che rileva in questa specifica – e conclusiva – sede.”

⁹⁴ DASSANO F., *op. cit.*, p. 100. L'autore poi, esemplificando, aggiunge che “col crescere della astratta possibilità di aumentare la pena rapportata ad un episodio criminoso normalmente di una certa gravità, decresce la possibilità in concreto di applicare un aumento, per effetto della recidiva, che sia svincolato dalla misura della pena inflitta con le precedenti condanne, quanto più queste siano, in proporzione, meno gravi.”

⁹⁵ In questi termini si esprimono DASSANO F., *op. cit.*, p. 104 e MAZZA L., *op. cit.*, p. 107.

⁹⁶ DASSANO F., *op. cit.*, p. 104.

talora dando luogo a situazioni controverse. Alcuni problemi sono sorti in relazione all'istituto dell'amnistia: il codice penale prevede all'ultimo comma dell'articolo 151 c.p. che «l'amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99 codice penale, né ai delinquenti abituali, o professionali o per tendenza, salvo che il decreto disponga diversamente», escludendo quindi l'applicazione dell'istituto ai casi più gravi di recidiva. Una questione in parte differente, intimamente legata al dibattito sulla natura dogmatica della recidiva, attiene alla rilevanza da assegnare all'aumento di pena fissato *ex art.* 99 c.p. ai fini del computo della sanzione per l'applicabilità dell'amnistia. Il codice penale non contemplava previsioni che fissassero limiti rapportati alla gravità del reato ai fini dell'applicazione dell'amnistia, in quanto tali valutazioni erano rimesse ai singoli provvedimenti di clemenza; tuttavia l'orientamento dottrinale che sosteneva che la recidiva costituisse una circostanza aggravante del reato traeva la conseguenza che fosse necessario tenerne conto nella determinazione della pena edittale. La situazione è poi radicalmente cambiata a seguito della riforma del 1974, come si evince da alcuni decreti successivi nei quali si afferma che non si calcola l'aggravamento derivante dalla recidiva per il computo della pena in base alla quale applicare l'amnistia⁹⁷. Infine, il d.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865, da un lato, alla lettera *b* dell'articolo 3, riproduce il testo dei precedenti provvedimenti, dall'altro, alla lettera *c*, sancisce la rilevanza dell'aumento di pena derivante dalle circostanze aggravanti per le quali è stabilita una pena di specie diversa, nonché dalle circostanze ad effetto speciale, tra le quali rientrano alcune ipotesi di recidiva⁹⁸. La recidiva, quindi, se presenta le caratteristiche di circostanza ad effetto speciale *ex comma* 3 art. 63 c.p. deve necessariamente essere tenuta in considerazione ai fini dell'applicazione dell'amnistia. Viene così a configurarsi una previsione differenziata che frammenta l'istituto, altrimenti

⁹⁷ Art. 3 lett. *b* d.P.R. 4 agosto 1978, n. 413; art. 3 lett. *b* d.P.R. 18 dicembre 1981, n. 744.

⁹⁸ Art. 3 d.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865 “Ai fini del computo della pena per l'applicazione dell'amnistia:

a) si ha riguardo alla pena stabilita per ciascun reato consumato o tentato;

b) non si tiene conto dell'aumento di pena derivante dalla continuazione e dalla recidiva, anche se per quest'ultima la legge stabilisce una pena di specie diversa;

c) si tiene conto dell'aumento di pena derivante dalle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o dalle circostanze ad effetto speciale. Si tiene conto della circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 7, del codice penale. Non si tiene conto delle altre circostanze aggravanti; [...].”

connotato da una disciplina unitaria, sulla base di un criterio difficilmente giustificabile dal punto di vista della razionalità del sistema⁹⁹.

Un ulteriore settore nel quale, dalle origini della disciplina fino alle riforme più recenti, la recidiva ha comportato notevoli implicazioni è l'esecuzione penale. L'ordinamento penitenziario, entrato in vigore negli anni subito successivi alla riforma del 1974 con la l. 26 luglio 1975, n. 354, tiene conto, in senso quasi sempre sanzionatorio, della posizione di chi ha riportato in precedenza condanne penali, anteriormente l'effettiva esecuzione della pena o durante l'espiazione della stessa, al fine di stabilire un aggravamento di carattere temporale per lo svolgimento delle attività previste per la "rieducazione" o una diversificazione di situazioni per la concessione di alcuni benefici. Ad esempio l'art. 14 *bis*, inserito nell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 663 del 1986, prevede al quinto comma, con una formulazione piuttosto generica, la sottoposizione al regime di sorveglianza particolare già dal momento dell'ingresso in carcere per «i condannati, gli internati e gli imputati, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà».

Quanto alla materia dei "permessi premio", concessi per coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro o, in ogni caso, rilevanti per il programma trattamentale, l'art. 30 *ter*, inserito dalla suddetta legge, prevede che nei «confronti dei soggetti che durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive hanno riportato condanna o sono imputati per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale» il beneficio possa essere concesso solo dopo la decorrenza di due anni dalla commissione del fatto. Si è rilevato che l'origine di tale norma sta nella considerazione che i comportamenti esemplificati segnano il venire meno delle condizioni che legittimano la concessione dei permessi e quindi, più che trattarsi di un aumento dei termini per usufruire del beneficio, il rinvio di due anni costituisce un diverso criterio per determinare i limiti di applicazione dell'istituto¹⁰⁰.

In conclusione, la riforma dell'art. 99 c.p. ha indubbiamente comportato un'attenuazione del rigore apportato dal codice del 1930, sia in maniera diretta in

⁹⁹ MAZZA L., *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁰ TORREBRUNO G., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 1986, p. 51.

relazione ad alcuni interventi sul profilo sanzionatorio, sia attraverso l'introduzione della possibilità di operare il giudizio di bilanciamento tra le circostanze. Tuttavia, nessuna delle singole disposizioni ha fornito elementi univoci per risolvere le lungamente dibattute questioni relative al fondamento e alla natura dell'istituto della recidiva, delle quali si darà conto in seguito.

3.2. La generalizzazione della facoltatività e la discrezionalità del giudice.

L'aspetto della recidiva che più è stato interessato dalla volontà riformatrice del legislatore del 1974 è il regime obbligatorio o facoltativo della stessa. La rilevante modifica rispetto alla originaria formulazione del codice consiste infatti nella locuzione «*può essere sottoposto a un aumento*» che introduce la generalizzata facoltatività della relativa declaratoria a seguito di un'operazione discrezionale del giudice e nella conseguente abrogazione dell'art. 100 c.p., che nell'ordinamento precedente prevedeva alcune ipotesi di recidiva facoltativa. In merito alla effettiva portata di tale modifica non vi è però stata unità tra dottrina e giurisprudenza.

L'interpretazione pressoché uniforme della Corte di Cassazione è ben espressa in diverse sentenze dell'epoca, nelle quali si afferma chiaramente che «la nuova disciplina non ha reso facoltativa la contestazione della recidiva che continua, a questo riguardo, ad essere regolata dalla normativa anteriore, ma ha soltanto conferito al giudice di merito il potere di non aumentare la pena per effetto della recidiva contestata. Non si tratta, cioè, di facoltà di esclusione della recidiva – la quale, quindi, continua in conseguenza della contestazione a qualificare più gravemente il reato ad ogni effetto, ad esempio in materia di prescrizione – ma di facoltà di non apportare alla pena base da infliggere per il reato commesso l'aumento corrispondente al tipo di recidiva contestata».¹⁰¹ La giurisprudenza di legittimità

¹⁰¹ Cass. Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. Milo), in *Mass. dec. pen.*, 1976, p. 184, m. 129.843. In questa sentenza si specificano in seguito i contorni dell'apprezzamento del giudice, “essendo rimessa alla valutazione discrezionale del giudice soltanto la facoltà di escludere in concreto che l'imputato sia meritevole di essere assoggettato ad una pena maggiore per effetto della recidiva”. Della medesima portata è anche la sentenza Cass. Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. Mele), in *Mass. dec. pen.*, 1976, p. 163, m. 130.148: “[...]devesi più correttamente parlare, non tanto di facoltatività della recidiva (la cui contestazione rimane pur sempre obbligatoria), ma di facoltatività dell'aumento di pena. Il primo problema che il giudice deve porsi non è, quindi, di esclusione o meno della recidiva, bensì – ferma questa restando – di scelta circa l'opportunità o meno di aumentare la pena. egli, infatti, non è più vincolato all'opinione preventiva ed astratta della maggiore capacità a delinquere e pericolosità del reo espresse dalla ricaduta nel reato, ma è tenuto a stabilire volta per volta se effettivamente la recidiva sia

riteneva dunque che la novella del 1974 avesse sancito soltanto la facoltatività dell'aumento di pena e non anche degli altri effetti penali connessi alla recidiva: il giudice quindi, una volta accertata la ricorrenza dei presupposti per la sua contestazione, sarebbe stato vincolato ad applicarla, operando discrezionalmente solo in merito alla scelta di aumentare la pena, senza pregiudicare gli altri gravosi effetti che ne discendono in tema, ad esempio, di amnistia, oblazione, riabilitazione e sospensione condizionale.

La tesi della limitazione della discrezionalità del giudice al solo effetto principale dell'aumento della pena è stata fermamente criticata dalla dottrina che ha proposto un confronto della nuova disciplina con la previgente formulazione del codice Rocco. La stesura finale dell'art. 100 c.p. concedeva al giudice la facoltà di «escludere la recidiva», tuttavia nel primo progetto del codice del 1930 si prevedeva che il giudice potesse escludere gli aggravamenti di pena, ma non la recidiva stessa. Come rilevato nella Relazione sul libro I del progetto del codice Rocco, tale formulazione era però sembrata equivoca e per il testo definitivo si scelse di attribuire al giudice la facoltà di una completa esclusione della recidiva¹⁰². Il legislatore del 1974, al fine di generalizzare il regime di facoltatività, anziché provvedere ad un'estensione dei confini dell'art. 100 c.p., che è stato invece abrogato, è intervenuto sui singoli commi dell'art. 99 c.p., condizionando alla discrezionalità del giudice quelli che erano aumenti automatici di pena, evidenziando quindi il passaggio dall'obbligo alla facoltà solo con riferimento all'effetto principale della recidiva¹⁰³. A partire da questo dato le decisioni della Cassazione avrebbero tratto gli argomenti per desumere che la legge del 1974 avrebbe inteso circoscrivere la facoltatività, lasciando integre le conseguenze ulteriori.

espressione d'insensibilità etica e di pericolosità e giustificati, perciò, la maggiore punizione del reo; o se invece, per l'occasionalità della ricaduta, per i motivi che la determinarono, per il lungo intervallo di tempo tra il precedente reato ed il nuovo, per la diversità di indole delle varie manifestazioni delinquenziali, per la condotta in genere tenuta dal reo, quella insensibilità e quella pericolosità non siano riscontrabili.”

¹⁰² ROCCO ALF., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, op. cit., p.150: “nel primo Progetto era detto che il giudice aveva la facoltà, nei casi anzidetti, di escludere gli aggravamenti di pena. la dizione si prestava, forse, al dubbio se, pur esclusi gli aggravamenti, dovesse essere ugualmente dichiarata la recidiva, il che avrebbe avuto riflesso non lieve sulla pena, nella ipotesi di ulteriori reati. Il nuovo testo elimina ogni perplessità, parlando esplicitamente di esclusione della recidiva.”

¹⁰³ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 304.

Sul punto, la dottrina rileva che si perviene a un peggioramento del regime sanzionatorio, dal momento che l'art. 100 c.p. riconosceva al giudice il potere di escludere la recidiva in determinate fattispecie e, mediante un'interpretazione in senso ampio, portava alla possibilità di escludere la rilevanza della circostanza a tutti gli effetti. L'art. 100 c.p. introduceva nel sistema del codice previgente un'eccezione ai criteri presuntivi dell'obbligatorietà e nasceva in relazione al presupposto di un riscontro confermativo della coincidenza tra l'elemento naturalistico e la qualifica normativa, altrimenti assunta automaticamente dalla disciplina ordinaria. In questo quadro normativo, le ipotesi di facoltatività non eliminavano la sussistenza di tale relazione, bensì non facevano che confermarla, attraverso il riconoscimento della possibilità di elidere gli effetti pregiudizievoli della circostanza. Di conseguenza, nel caso in cui il giudice non avesse ritenuto di fare uso del potere discrezionale, lo *status* di recidiva continuava a produrre gli effetti previsti dalla qualifica normativa, anche nelle ipotesi di facoltatività¹⁰⁴. Dimostrazione di ciò si può ricavare anche dalla giurisprudenza, che sosteneva che l'obbligo di motivazione sussistesse solo nell'ipotesi in cui il giudice avesse escluso la recidiva e non anche quando invece questa fosse stata ritenuta anche in situazioni astrattamente autorizzanti l'impiego del potere discrezionale¹⁰⁵.

Il nuovo sistema, instaurato dalla novella del 1974, ha come cardini l'eliminazione del criterio presuntivo di coincidenza tra *status* e qualifica e del potere discrezionale del giudice orientato in termini "negativi". Il rovesciamento della posizione del legislatore del 1930 relativamente all'assetto della discrezionalità consiste proprio nel fatto che «non si trattava più di facoltà di escludere, ma di *facoltà di ritenere la recidiva*»¹⁰⁶. Il mutamento della configurazione legislativa del potere discrezionale non ha una natura meramente redazionale e si pone invece in sintonia con la generalizzazione della facoltatività, poiché, svanendo la predeterminazione operata dalla legge su cui poteva esercitarsi la facoltà di esclusione, il giudice è tenuto a svolgere, in ogni caso, un'indagine approfondita e a fornire una adeguata motivazione al fine di procedere alla contestazione della recidiva. Dopo la riforma è necessario che al soggetto venga attribuito in concreto la qualifica di recidivo, solo da

¹⁰⁴ DASSANO F., *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁵ In particolare Latagliata, però, aveva già da tempo criticato l'impostazione che considerava la recidiva facoltativa come eccezionale rispetto alla regola dell'obbligatorietà, rivendicandone al contrario la primaria rilevanza. LATAGLIATA A. R., *op.cit.*, p. 121.

¹⁰⁶ DASSANO F., *op. cit.*, p. 143. Il medesimo rilievo è operato da PEDRAZZI C., *op. cit.*, p. 306.

tale qualifica, formale e sostanziale al tempo stesso, potranno discendere tutti gli effetti previsti dall'ordinamento¹⁰⁷.

All'orientamento che circoscriveva gli effetti della facoltatività sono state opposte ferme critiche da parte della dottrina¹⁰⁸, sostenute da un'unica sentenza della Cassazione che mette in evidenza la sostanziale contraddittorietà della tesi opposta, a partire da cui si ravvisava il rischio di riconoscere alla recidiva un carattere ibrido, senza invece cogliere l'aspetto maggiormente significativo della modifica, consistente nella previsione di un sistema di generalizzata facoltatività che aveva determinato «il passaggio da una definizione formale a una definizione sostanziale della recidiva»¹⁰⁹. La pronuncia in questione¹¹⁰ svolge la propria argomentazione a partire da due livelli di critica nei confronti dell'opinione della giurisprudenza prevalente. Da un lato i giudici contestualizzano la modifica nell'ambito dello spirito complessivo della riforma, indubbiamente di impronta indulgenziale, al fine di attenuare le rigidità del sistema precedente, e tutt'altro che indirizzato a limitare il potere discrezionale del giudice, al punto da non potersi sostenere che dalla novella potesse derivare per il reo un trattamento più sfavorevole di quello previsto nella vigenza dell'art. 100 c.p.¹¹¹. Ma l'aspetto della sentenza della Corte di Cassazione ritenuto maggiormente

¹⁰⁷ DASSANO F., *op. cit.*, p. 144. L'autore specifica inoltre che la "frattura" rispetto alla disciplina precedente consiste nel fatto che "il dato formale costituisce solo il *presupposto* della recidiva, che si individua nel sistema ormai solo più in termini *sostanziali*."

¹⁰⁸ Tra gli altri BERTONI R., *op. cit.*, p. 1396; PEDRAZZI C., *op. cit.*, p. 304; BENINI S., *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1978, c. 474; MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 70; MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Milano, 1993, p. 895; VIRGILIO M., *Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere*, in *Codice penale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA F., ZAGREBELSKY V., Torino, 1996, p. 867.

¹⁰⁹ PEDRAZZI C., *op. cit.*, p. 307.

¹¹⁰ Cass. Sez. I, 13 gennaio 1976 (ric. Tosto), in *Il Foro italiano*, 1976, II, c. 137. "In ordine alla portata delle menzionate innovazioni di cui alla legge 1974 n. 220, non sembra potersi condividere la tesi adottata in talune decisioni di questa corte (sent. Sez. V 22 novembre 1974, Vianelli; Sez. VI 5 settembre 1974, Mele) secondo cui, data la formulazione del nuovo esto dell'art. 99 cod. pen. che ha reso l'aumento di pena per la recidiva non più obbligatorio, ma facoltativo, deve si più correttamente parlare, non tanto di facoltatività della recidiva (la cui contestazione rimane obbligatoria) ma di facoltatività dell'aumento di pena, talché il problema che il giudice deve porsi non è quello di esclusione o meno della recidiva, bensì, ferma questa restando, di scelta circa la opportunità o meno di aumentare la pena per la recidiva".

¹¹¹ Dalle motivazioni della sentenza in argomento: "D'altro canto, dai resoconti dei lavori parlamentari relativi alla conversione in legge del d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (specie, relazioni dell'on. Mazzola e del sen. De Carolis) emerge con sufficiente evidenza che, con la modifica dell'art. 99 e l'abrogazione dell'art. 100 cod. pen., si è inteso rendere sempre facoltativa l'aggravante della recidiva, restando questa come semplice «fatto storico», qualora il giudice ritenga di escluderla, quale circostanza aggravante. Diversamente opinando, non solo sarebbe, senza ragioni plausibili, ridotta la portata innovatrice della legge 1974 n. 220 ma, almeno nei casi di recidiva facoltativa previsti dal vecchio testo dell'art. 100 cod. pen., all'imputato verrebbe fatto un trattamento meno favorevole".

significativo¹¹² consiste nell'aver sottolineato l'incompatibilità tra la tesi che configura la recidiva come una circostanza aggravante e quella che vuole limitare al solo aumento della pena gli effetti della sua esclusione. In questa occasione, infatti, la Cassazione critica le altre decisioni adottate dalla Corte in quanto le relative argomentazioni, muovendo dalla qualificazione della recidiva come circostanza aggravante, non avrebbero potuto concludere in favore dell'esclusione di una sola parte degli effetti connessi al suo riconoscimento¹¹³. Ad un risultato di questo tipo si potrebbe pervenire coerentemente solo considerando la recidiva non un'aggravante, bensì uno stato personale, paragonabile alla prospettiva dell'art. 133 c.p., e quindi con la possibilità di agire solo sulla misura della pena, ma non sugli altri aspetti connessi¹¹⁴.

A partire dalle decisioni della giurisprudenza Benini nota come un altro problema di coerenza sia posto sul piano processuale. La giurisprudenza appare unanime nel ritenere l'obbligatorietà della contestazione della recidiva nella fase istruttoria, considerando che la facoltà affidata al giudice dall'art. 99 c.p. spetta solo al giudice del dibattimento¹¹⁵. Se, però, si afferma che la recidiva sia una circostanza aggravante del reato¹¹⁶, questa potrebbe essere contestata solo quando l'organo di accusa pervenga al riguardo a un giudizio positivo in merito, dal momento che il riconoscimento della sussistenza di detta aggravante è collegato non solo a presupposti predeterminati, ma anche a una valutazione discrezionale¹¹⁷. A questo punto, però, si rileva che la reale possibilità di scegliere se aumentare la pena sarebbe anticipata alla valutazione del giudice istruttore o del P.M., rischiando così di vanificare la facoltà del giudice del dibattimento. Il problema della compatibilità delle esigenze della contestazione dell'accusa con la peculiare natura facoltativa della circostanza aggravante attiene all'ambito processuale, ma sul punto la dottrina ha

¹¹² BERTONI R., *op. cit.*, p. 1396.

¹¹³ Dalla suddetta sentenza: "Tale tesi sembra obliterare che la recidiva, nonostante la particolare natura di qualificazione giuridica inerente alla persona del colpevole, riceve nel vigente ordinamento penale un trattamento giuridico del tutto identico a quello previsto in generale per le circostanze aggravanti del reato. Conseguentemente, non si vede perché debba configurarsi, soltanto per la recidiva, la anomala costruzione giuridica di una circostanza aggravante che può non comportare alcun aumento di pena, pur continuando a restare tale, poiché il giudice è sempre obbligato a contestarla ed a mantenerla ferma".

¹¹⁴ BERTONI R., *op. cit.*, p. 1397.

¹¹⁵ Ad esempio Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. Caccavaro), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 303.

¹¹⁶ Cass. 13 gennaio 1976, Tosto, *cit.*

¹¹⁷ BENINI S., *op. cit.*, c. 475.

ravvisato la necessità di tenere distinta «la prospettiva processuale, caratterizzata da una provvisorietà di effetti, da quella sostanziale, tendenzialmente definitiva»¹¹⁸.

In merito alla controversia riguardante l'ampiezza dei confini della facoltatività è stato ancora osservato¹¹⁹ che non può essere invocato a sostegno della tesi riduttiva avanzata dalla giurisprudenza il mantenimento dell'originaria rubrica dell'art. 99 c.p., quindi la mancata indicazione esplicita della facoltatività della recidiva che invece precedeva il testo dell'art. 100 c.p. Assunto il ruolo chiarificatore delle rubriche, occorre tenere primariamente conto del contenuto della disposizione dettata dal legislatore, dalla quale, per i motivi sopra esposti, la dottrina non ha ritenuto di trarre, né dal punto di vista testuale, né dal punto di vista logico, le conclusioni adottate dalla giurisprudenza prevalente.

3.2.1. I caratteri della discrezionalità del giudice.

Questione immediatamente susseguente alla generalizzazione della facoltatività è la nuova portata della discrezionalità del giudice. La norma delineata dall'art. 99 c.p. richiede un presupposto tassativo, consistente nella condanna precedente, a cui però deve necessariamente aggiungersi un'ulteriore valutazione da parte del giudice, da compiersi alla luce della funzione dell'istituto. Ripercorrendo lo sviluppo del sistema, è possibile notare che anche nel quadro largamente presuntivo del codice del 1930 era messo in luce il valore emergente dal giudicato irrevocabile di condanna, che veniva a costituire un monito da cui nasceva un dovere di emenda per il reo. In caso di reiterazione, occorre poi riscontrare l'omogeneità di contenuto nel nuovo reato, attraverso un momento di controllo della violazione del dovere di emenda¹²⁰.

La materia della discrezionalità affidata al giudice si collega anche con la controversa questione del fondamento della recidiva. Il riferimento corre, nel

¹¹⁸ PEDRAZZI C., *op. cit.*, p. 303. L'autore poi prosegue: "Che la contestazione della recidiva sia, come prima, doverosa ogni volta che possano ricorrenne gli estremi, è affermazione di indiscutibile esattezza. Di conseguenza, in quanto ritualmente contestata, la recidiva, come in passato, produrrà gli effetti processuali suoi propri, [...]. Una volta però che al momento della decisione, alla chiusura dell'istruttoria o della fase dibattimentale, il giudice abbia esercitato il potere discrezionale, tanto dilatato dalla riforma, nel senso di disapplicare la recidiva, l'elisione degli effetti non potrà che essere integrale". Sulla necessità di distinguere le istanze processuali dal diritto sostanziale è concorde DASSANO F., *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁹ MARINI G., *op. cit.*, p. 895.

¹²⁰ DASSANO F., *op. cit.*, p. 150.

contesto della novella del 1974, in particolare all'unica ipotesi in cui persiste un minimo rigido in caso di recidiva reiterata durante o dopo l'esecuzione della pena o durante la latitanza, che rappresenta una situazione peculiare nell'ambito di un sistema invece ispirato a criteri di larghissima discrezionalità. La scelta di un meccanismo astratto in forza del quale si nega al giudice un margine di discrezionalità sotto il profilo dell'attività commisurativa è infatti portata da parte della dottrina¹²¹ a dimostrazione della valutazione del fenomeno da parte del legislatore in chiave di prevenzione generale e non special-preventiva. La maggiore severità espressa dalla considerazione normativa dipende da una precedente qualificazione giuridica di recidiva, risultando svincolata da un accertamento di tipo prognostico.

Già il codice Rocco aveva avvertito l'esigenza di garantire l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, ma tale necessità non si concretizzò in contenuti sostanziali e di garanzia, a causa dell'impianto logico-presuntivo del sistema ivi delineato e della limitatezza delle ipotesi di facoltatività. Nel nuovo assetto normativo, invece, la ricerca della personalizzazione diviene l'elemento qualificante della disciplina, a partire dalla consapevolezza che solo una valutazione di carattere discrezionale è in grado di ricondurre l'individualità del singolo episodio criminoso alla portata concreta e specifica della ribellione all'ordinamento e in tal modo giustificare l'applicazione dell'istituto¹²².

Il significato proprio dell'istituto era, fin dalla disciplina previgente, ravvisabile nello «stretto rapporto di immedesimazione personale con la precedente sentenza irrevocabile di condanna e nella conseguente violazione dei valori e del monito emergenti dal giudicato»¹²³, da cui conseguiva una struttura della recidiva in termini soggettivi. Anche le ipotesi di obbligatorietà, essendo costruite sul presupposto di un carattere di omogeneità, di natura oggettiva e soggettiva, che si riscontrava nella sua massima espressione nei reati della stessa indole, richiedevano necessariamente una ricostruzione in chiave soggettiva. Nell'analizzare il rapporto tra la struttura soggettiva e la discrezionalità, nell'ambito della nuova disciplina, Dassano considera di primaria importanza la constatazione che è proprio la *ratio* soggettiva dell'istituto a rappresentare il fondamento dell'esercizio del potere del giudice¹²⁴. A

¹²¹ DASSANO F., *op. cit.*, p. 153.

¹²² DASSANO F., *op. cit.*, p. 158.

¹²³ DASSANO F., *op. cit.*, p. 117.

¹²⁴ DASSANO F., *op. cit.*, p. 119.

dimostrazione di tale tesi, l'autore pone in confronto la disciplina dettata dall'art. 99 c.p. con i valori emergenti dal sistema vigente e in modo particolare con la Costituzione. Si rivela così indispensabile, per ricostruire correttamente la norma in esame, il ricorso al criterio interpretativo fornito dall'art. 27 della Costituzione, in modo particolare per quanto riguarda il principio della personalità della responsabilità penale, espresso al primo comma. Alla luce del principio costituzionale, l'illecito penale comporta l'esigenza di individualizzare il più possibile la sanzione rispetto al soggetto. Tale conclusione assume una portata maggiormente ricca di significato nel momento in cui il primo comma è letto unitamente al terzo comma, in modo da non circoscrivere il risultato alla sola modalità di imputazione, ma anche alla struttura stessa dell'istituto. Per poter perseguire la finalità rieducativa, la sanzione deve necessariamente essere l'esito di un'operazione di adeguamento alla personalità del reo, considerata «non più come *oggetto*, ma come *soggetto* del momento di applicazione della pena»¹²⁵. La reciproca interazione dei due principi contenuti nell'art. 27 della Costituzione determina che la pena deve parametrarsi alla personalità specifica dell'agente per poter adempiere alla sua finalità rieducativa e, allo stesso tempo, l'attribuzione della responsabilità penale presuppone la riferibilità del fatto a un soggetto determinato in termini di colpevolezza. Nel quadro di una responsabilità nettamente personale, l'aggravamento della sanzione nei confronti di un soggetto recidivo, che si è dunque dimostrato indifferente al monito nascente dalla precedente reazione dell'ordinamento, può essere giustificato solo dalla consapevolezza, da parte del reo, della precedente condanna. La sentenza di condanna passata in giudicato viene così in un certo senso a costituire un elemento di struttura anche della fattispecie soggettiva, sotto il profilo di un dato di esperienza personale e la relativa consapevolezza permette di applicare una pena che possa essere avvertita dall'individuo proporzionata al grado di colpevolezza, anche nell'ottica rieducativa¹²⁶.

Alla luce dell'inquadramento che precede, che legittima attraverso diverse motivazioni l'introduzione in tema di recidiva della facoltatività generalizzata e di un conseguente ampliamento dei confini di discrezionalità del giudice, non si è tuttavia mancato di rilevare, da parte della dottrina, che la mancanza di criteri-guida della discrezionalità rappresentava un problema. Il passaggio da una definizione formale e

¹²⁵ DASSANO F., *op. cit.*, p. 123.

¹²⁶ DASSANO F., *op. cit.*, p. 126.

presuntiva ad una sostanziale ha reso necessario, in aggiunta al requisito dell'esistenza di una precedente condanna, l'accertamento in concreto da parte del giudice dei profili attinenti alla personalità del reo. La legge del 1974 tuttavia, nata in relazione a contingenti esigenze di attenuazione della pena, non ha indicato i criteri in base ai quali i magistrati avrebbero dovuto operare, concedendo così loro poteri di notevole portata, la cui ampiezza è stata contestata. Le critiche più ostinate vengono da Nuvolone, il quale si esprime in termini di «sovranità giudiziale, sottratta persino all'obbligo di motivazione»¹²⁷. Vengono allora mosse obiezioni rispetto alla compatibilità di tale «arbitrio immotivato, che prescinde da qualsiasi fattispecie legale» con i principi costituzionali, in modo particolare con il principio di legalità, con il timore che tale potere potesse essere utilizzato dal giudice su basi empirico-intuitive, secondo i propri dati caratteriali e opposte spinte verso il rigorismo o la clemenza¹²⁸. Vi sono però state anche valutazioni differenti in ordine alla portata della nuova rilevanza della discrezionalità, intesa come «un atto di fiducia nella magistratura italiana»¹²⁹. L'autore respinge alcune critiche¹³⁰, sottolineando la primaria necessità di superare i meccanismi di automatismi indiscriminati, e si mostra più cauto nell'elaborare previsioni di eventuali arbitri in sede di applicazione della pena, in un'ottica, inoltre, di responsabilizzazione dei giudici.

L'esperienza giurisprudenziale immediatamente successiva alla riforma ha però dimostrato tendenzialmente l'opposto delle preoccupazioni avanzate in dottrina, poiché si è rilevato come la Corte di Cassazione, al fine di evitare diffusi arbitri dei giudici nell'utilizzo dei propri poteri, ha operato in modo da superare le lacune della regolamentazione legislativa della discrezionalità, cercando di individuare quali requisiti, in presenza di una precedente condanna in giudicato, possono considerarsi idonei ad attribuire alla reiterazione del reato il disvalore proprio della fattispecie recidivale¹³¹. A partire dalla riforma che ha portato all'eliminazione, nella materia della recidiva, delle presunzioni di pericolosità in favore della conoscenza individualizzata

¹²⁷ NUVOLONE P., *Il sistema*, *op. cit.*, p. 336.

¹²⁸ CRESPI A., *Art. 99*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., STELLA F., ZUCCALÀ G., Padova, 2008, p. 398.

¹²⁹ MELE V., *op. cit.*, c. 504. Per il richiamo completo si veda la nota 70.

¹³⁰ «Né mi sembra seria l'obiezione che con la riforma si sia voluto un giudice legislatore. L'interprete è sempre legislatore nel senso in cui uno dei più acuti studiosi dell'interpretazione – il Gorla – attribuisce a tale espressione: l'attività è la stessa, nel ripercorrere il procedimento logico-giuridico che ha dato luogo alla produzione della norma, che diventa concreta nel momento dell'applicazione giudiziaria».

¹³¹ BERTONI R., *op. cit.*, p. 1399.

del reo, demandando al giudice la valutazione rispetto all'*an* e al *quantum* dell'aumento di pena, la Suprema Corte ha finito per dare alla recidiva una definizione in termini *bidimensionali*, considerandola come espressione di una "insensibilità etica" agli obblighi derivanti dal monito della prima condanna, nonché di un'attitudine a commettere nuovi reati¹³². Dalle numerose enunciazioni¹³³ sul punto emerge con evidenza come la Corte ritenga indispensabile, ai fini della configurabilità della recidiva, un collegamento psicologico tra la prima e la successiva condanna, poiché per potersi giustificare l'aumento di pena il nuovo reato deve risultare l'indice di un consapevole disprezzo per l'ammonizione della prima condanna e della "controspinta" al delitto che da questa doveva derivare. Si trattava allora di accertare se la reiterazione del reato si fosse alimentata o meno dalle passate esperienze giudiziarie, ancorando così il giudizio di maggiore colpevolezza al dato obiettivo dell'esistenza di un rapporto tra i due momenti. A fronte della mancanza di precise indicazioni legislative, la Corte si richiama dunque all'art. 133 c.p., che pur contenendo un elenco di elementi da valutare più che gli auspicati veri e propri criteri di valutazione¹³⁴, deve indurre il giudice a considerare la gravità del reato e la personalità del colpevole, stante la possibilità di escludere la recidiva considerando gli elementi dell'occasionalità della ricaduta, l'intervallo di tempo tra i reati, i motivi e l'indole della ricaduta, nonché l'eventualità per cui «un lungo periodo trascorso dall'imputato senza violare la legge penale [dimostr] il suo ravvedimento»¹³⁵. In conclusione, per stabilire se la recidiva debba essere in concreto applicata, si tratta, nelle parole di Minervini, di esaminare se il reo «si sia trovato veramente di fronte a

¹³² MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 646.

¹³³ Cass. Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. Milo), *cit.*: "il giudice di merito, con particolare riguardo alla gravità del reato commesso ed alla capacità a delinquere del reo, ispirandosi ai criteri dettati dall'art. 133 c.p., per stabilire poi se ed in quale misura il nuovo reato sia espressione della insensibilità all'obbligo di non violare la legge dimostrata dopo la condanna, nel senso che quanto più il nuovo reato tragga origine da situazioni contingenti ed eccezionali, tanto più palese è l'opportunità di non aumentare la pena e viceversa". Cass. Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. Mele), *cit.*: "[il giudice] è tenuto a stabilire volta per volta se effettivamente la recidiva sia espressione d'insensibilità etica e di pericolosità e giustificata, perciò, a maggiore punizione del reo; o se invece, per l'occasionalità della ricaduta, per i motivi che la determinarono, per il lungo intervallo di tempo tra il precedente reato ed il nuovo, per la diversità di indole delle varie manifestazioni delinquenziali, per la condotta in genere tenuta dal reo, quella insensibilità e quella pericolosità non siano riscontrabili". Cass., 21 agosto 1975 (ric. Di Giorgio), in *Cassazione Penale*, 1976, p. 1082: si tratta di "verificare, in relazione a ciascuna fattispecie concreta e sulla base soprattutto dei criteri indicati dall'art. 113 c.p., se la reiterazione del reato esprima o meno una criminosità più accentuata; a tal fine il giudice deve portare il suo esame sul rapporto esistente tra la condanna precedente ed il reato successivo, per stabilire se e in che misura la pregressa condotta delittuosa abbia funzionato come uno degli stimoli criminogeni rispetto alla nuova azione".

¹³⁴ MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 646.

¹³⁵ Cass., 3 luglio 1975 (ric. Mori), in *Cassazione Penale*, 1977, p. 96.

quella remora potenziale, che il legislatore tradizionalmente ha ipotizzata per il ricordo di precedenti condanne, o se invece per le circostanze del caso una siffatta remora non abbia affatto funzionato nella psiche dell'individuo, non contribuendo in alcun modo alle sue scelte»¹³⁶.

L'elaborazione degli accennati criteri interpretativi dimostra quindi l'operato della Cassazione al fine di delineare i confini della discrezionalità concessa al giudice nell'ottica di costituire un mezzo per favorire l'omogeneità e la coerenza delle concrete valutazioni giurisprudenziali. In particolare, dal momento che il giudice era tenuto ad attenersi a determinati "criteri" per ritenere o escludere la recidiva, emerge l'esigenza che egli dia conto della propria decisione con una motivazione congrua. La giurisprudenza precedente alla riforma del 1974¹³⁷ era costante nel ritenere che l'obbligo di motivazione sussistesse solo nel caso in cui il giudice intendesse escludere la recidiva, trovando fondamento nella circostanza che l'art. 100 c.p. conferiva al magistrato la possibilità di escludere l'istituto solo in un numero limitato di ipotesi e quindi quasi in via eccezionale rispetto al principio generale della recidiva obbligatoria stabilito dal precedente art. 99 c.p. Tale indirizzo interpretativo muta però in seguito alla novella del 1974, da quando la Cassazione ha sostenuto che il giudice deve accertare caso per caso se sussista la fattispecie recidivale e motivare specificamente se la recidiva giustifichi la maggiore punizione per il reo¹³⁸.

Alle variazioni della disciplina dell'art. 99 c.p. si è affiancata un'altra importante modifica apportata dallo stesso d.l. 99/1974, ossia la nuova normativa in tema di giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee del reato, introdotta dall'art. 6 del decreto. Tale articolo ha ridisegnato l'art. 69 c.p. e ha statuito che nel giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze eterogenee rientrano anche le circostanze inerenti la persona del colpevole, quindi tra le altre anche la recidiva (art.

¹³⁶ MINERVINI M., *L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1976, p. 325. L'autore poi prosegue: "Questa indagine dev'essere effettuata, però, in una prospettiva correlata alla situazione obiettiva di cose di fronte alla quale il reo è venuto a trovarsi, e non con riferimento soggettivistico alla maggiore o minore sensibilità dell'individuo; poiché se si dovesse guardare a quest'ultimo aspetto, si avrebbe la conseguenza che l'aggravamento di pena per la recidiva non dovrebbe essere applicata proprio ai delinquenti più incalliti, cioè quelli che risultano i più insensibili al ricordo delle condanne riportate in passato".

¹³⁷ Cass. Sez. VI, 13 marzo 1972 (ric. Fusaro), in *Cassazione Penale*, 1973, p. 557.

¹³⁸ BERTONI R., *op. cit.*, p. 1401. L'autore inoltre cita una sentenza della Cassazione, Cass., 26 giugno 1975 (ric. Bolzano), in *Mass. dec. pen.*, 1976, m. 131.210, che, isolatamente, si colloca in linea con l'orientamento pregresso. In disaccordo con Bertoni si pone Virgilio, ritenendo che l'indirizzo giurisprudenziale che risulta maggioritario anche dopo la riforma resta quello per il quale la motivazione è obbligatoria solo in caso di esclusione della recidiva. VIRGILIO M., *op. cit.*, p. 879.

70 c.p.), abrogando così la previsione precedente che escludeva tali circostanze da questo tipo di giudizio, sul presupposto che una qualsiasi attenuante non potesse eliminare l'effetto aggravante della recidiva¹³⁹. La significativa innovazione apportata all'art. 69 c.p. si inserisce nel solco dell'intenzione della riforma in oggetto di ampliare i poteri discrezionali del giudice, in funzione della individualizzazione della pena. Fin dall'entrata in vigore del codice Rocco la dottrina si era orientata nel ritenere che il giudizio di prevalenza o equivalenza delle circostanze fosse ispirato all'individualizzazione della pena nell'ambito di una conoscenza il più possibile completa della personalità del reo¹⁴⁰, ma vi si era anche opposto un indirizzo che ravvisava una contraddizione tra tale orientamento e l'esplicita esclusione delle circostanze inerenti la persona del colpevole, quali l'imputabilità e la recidiva, prevista al quarto comma dell'art. 69 c.p.¹⁴¹. La nuova normativa, pur ponendo nuovi problemi relativamente alla natura giuridica della recidiva, da questo punto di vista non fa quindi che confermare le posizioni della dottrina tradizionale, eliminando l'aspetto contestato. Nell'escluderla dal giudizio di bilanciamento però, il legislatore del 1930 aveva colto la differenza sostanziale della recidiva rispetto alle altre circostanze comuni o speciali¹⁴² e da parte della dottrina è stato in seguito contestato che la riforma del 1974 l'avesse introdotta nel giudizio di bilanciamento senza aver però addotto le motivazioni che avevano portato il legislatore a ritenere superati gli scrupoli del codice del 1930, riconducendo quindi l'operazione a ragioni di natura esclusivamente politica¹⁴³.

In generale, l'innovazione in materia di giudizio di bilanciamento ha attirato a sé diverse critiche, allo stesso livello di quelle rivolte alla generalizzazione della facoltatività, relativamente alla carenza di limiti ai poteri discrezionali del giudice, ravvisando un pericolo di affievolimento del valore deterrente della legge penale e della certezza del diritto. Ad esempio nel commentare una delle prime pronunce della Cassazione successive alla riforma, che annullava di fatto il valore negativo della

¹³⁹ MAZZA L., *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁰ ROCCO ALF., *Relazione, cit.*, p.123. Le regole dettate per il concorso eterogeneo di circostanze "sono ispirate al concetto fondamentale della necessità che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché il risultato di successive operazioni aritmetiche".

¹⁴¹ MULLIRI C., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico, in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 1321.

¹⁴² ROCCO ALF., *Relazione, cit.*, p.124.

¹⁴³ MULLIRI C., *op. cit.*, p. 1326.

recidiva a seguito del giudizio di bilanciamento con altre circostanze, sono state espresse perplessità rispetto alle incertezze dogmatiche poste dalla nuova disciplina e al rischio che, nonostante il peculiare valore di garanzia e di nomofilachia delle sentenze della Corte, essa si “adagiasse” sulle previsioni del legislatore senza chiarire le ragioni delle proprie valutazioni¹⁴⁴. Similmente, Dassano, pur riconoscendo la coerenza della nuova disciplina dell’art. 69 c.p. con la ricostruzione in chiave soggettiva della recidiva, rappresentava la preoccupazione rispetto alla possibilità che i giudici, una volta superata positivamente la prima operazione di tipo ricognitivo, cedessero con maggiore facilità alla tentazione di far prevalere in ogni caso la recidiva in presenza di fattori di segno opposto, oppure che preferissero esercitare il potere discrezionale in senso negativo già nella prima fase del giudizio, per evitare di far cadere la circostanza in un secondo momento¹⁴⁵.

Altra dottrina rinviene una barriera alla pretesa illimitata discrezionalità nel corretto controllo da parte della Cassazione della completezza e logicità delle motivazioni giudiziali. L’esercizio dell’attività discrezionale può allora trovare una guida nelle stesse norme di diritto positivo che prevedono i singoli istituti: la valutazione del magistrato finisce così per «costituire il proseguimento di quella attuata in astratto dalla legge per essere adattata alla singola fattispecie»¹⁴⁶. Rispetto alle preoccupazioni avanzate da Dassano, Mazza sconfessa le premesse da cui esse traevano origine, sostenendo che la recidiva, pur nel regime di facoltatività, non è sostenuta da un doppio passaggio logico, prima volto alla ricognizione del dato di valore e poi finalizzato a misurarne il grado di significatività, bensì è sorretta da un’unica valutazione di carattere discrezionale. La legge considera unitariamente i vari elementi costitutivi della recidiva e attribuisce al giudice il potere di trovare la statuizione che meglio possa iscriversi nell’ordinamento per la valutazione della

¹⁴⁴ MULLIRI C., *op. cit.*, p. 1327.

¹⁴⁵ DASSANO F., *op. cit.*, p. 135. “In sostanza: quanto più si sommano passaggi logici di tipo diverso ma sempre di natura discrezionale, tanto più si rende evanescente il dato di disvalore, o meglio, l’effettivo controllo del dato di disvalore, che costruisce il substrato giustificante la qualifica normativa, e tanto più può ridursi, di conseguenza, la garanzia, per il destinatario della norma, di una sostanziale parità di trattamento”.

¹⁴⁶ MAZZA L., *op. cit.*, p. 110. “Ciò consente di affermare che nel nostro sistema è demandato alla Cassazione anche il controllo sulla logicità della motivazione che sorregge l’esercizio in concreto del potere discrezionale (art. 132 c.p.; art. 524 c.p.p.) per stabilirne la conformità o meno con lo spirito dell’ordinamento e con l’intrinseco significato di ciascuna situazione concreta”.

singola situazione, potendosi così conferire al giudizio discrezionale un fondamento di obiettiva validità¹⁴⁷.

3.3. Il dibattito in dottrina e giurisprudenza intorno al fondamento della recidiva.

Le modifiche apportate dalla novella del 1974 hanno riportato l'attenzione ai classici¹⁴⁸ e controversi problemi del fondamento e della natura della recidiva, che hanno condotto dottrina e giurisprudenza a lunghe e complesse riflessioni, rispetto alle quali tutt'ora non vi è un'omogeneità di opinioni.

Affatto scontata si è rivelata la giustificazione dell'atteggiamento di sfavore nei confronti di tale speciale forma di reiterazione criminosa, come dimostrato sin dalle origini dalla pur minoritaria teoria abolizionista, che ne propugnava l'irragionevolezza e la soppressione, contestando la violazione del principio del *ne bis in idem* e della proporzionalità della sanzione al reato¹⁴⁹. Il fondamento della recidiva, ossia la *ratio* dell'istituto, è individuato in base al ruolo che vi si attribuisce e agli effetti giuridici che se ne fanno derivare ed è stato identificato sia nella maggiore colpevolezza per il fatto, in senso dunque diagnostico-retributivo, sia nella maggiore pericolosità del reo, in senso invece prognostico-specialpreventivo, riflettendo le discussioni in merito alla stessa finalità della pena.

Nella vigenza della versione originaria del codice paradigmatiche dei due differenti orientamenti dottrinali sono le ricostruzioni da un lato di chi dava alla recidiva una chiave di lettura a sfondo retributivo, qualificandola come una «circostanza della colpevolezza» dal momento che riflette «un diverso grado di disobbedienza ad un medesimo comando, disobbedienza caratteristica di una certa

¹⁴⁷ MAZZA L., *op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁸ Il riferimento alla questione era posto nei termini di “croce dei criminalisti” già a fine Ottocento da parte di Tuozzi (citazione così riportata da MAZZA L., *op. cit.*, p. 70).

¹⁴⁹ Tale dottrina si è ritenuta presto superata dal momento che trascurava completamente l'aspetto psichico del fenomeno delittuoso, dissociando la valutazione della gravità del singolo reato dalla personalità particolare del colpevole e ponendosi in contrasto con i principi oramai acquisiti in seguito alle speculazioni della Scuola Positiva e l'entrata in vigore della Costituzione. Il richiamo ai precedenti penali, inoltre, non dà luogo alla rinnovazione dell'esame di un episodio che ha formato oggetto di una precedente sentenza passata in giudicato, ma assume la funzione di elemento utile alla ricostruzione della personalità del reo e della portata della ribellione al diritto relativamente alla nuova condotta antiggiuridica, senza quindi contraddire la peculiare funzione di certezza legale del giudicato penale. MAZZA L., *op. cit.*, p. 74. Per il riferimento alle critiche mosse alla teoria abolizionista da parte di Dell'Andro si veda p. 10.

personalità»¹⁵⁰, e dall'altro di chi, collocandola nell'ambito di un giudizio di tipo prognostico e ritenendo che la pena in sé assuma una funzione di prevenzione speciale, classificava la recidiva come una delle quattro forme specifiche di pericolosità contemplate dal codice penale e ne sottolineava la funzione, appunto, essenzialmente preventiva¹⁵¹.

Nel contesto del codice del 1930 la maggiore gravità della pena si giustificava in base al significato che il contenuto della nuova manifestazione criminosa rivestiva alla luce della specifica violazione del dovere di emenda formalizzato nella precedente condanna divenuta irrevocabile. Il codice Rocco aveva strutturato la recidiva intorno a una marcata prevalenza della prevenzione, come risulta dalla collocazione sistematica dell'istituto, posto nel titolo dedicato al reo e separato dunque dalla parte relativa alla commisurazione della pena, e dalla concezione della recidiva in termini di genericità, perpetuità e, soprattutto, obbligatorietà, a dimostrare l'interesse prevalente dell'ordinamento verso indici astratti di pericolosità del soggetto a discapito dei dati concreti emergenti dal singolo reato¹⁵².

La natura di "Giano bifronte"¹⁵³ propria della recidiva, rispetto alla quale la maggiore severità di trattamento e l'aumento di pena potevano essere giustificati sulla base dell'indice di attitudine a delinquere, costituito dalla prima condanna, oppure sulla base della condotta del recidivo che in quanto tale era da considerarsi maggiormente colpevole, non è mutata neppure a seguito della novella del 1974, che anzi ha costituito l'occasione per il riaffiorare delle contrastanti ricostruzioni della *ratio* dell'istituto, in modo particolare a partire dalla generalizzazione della discrezionalità del giudizio.

Nell'ambito delle analisi in merito alle profonde trasformazioni cui la riforma del 1974 ha condotto l'istituto della recidiva, parte della dottrina ha visto sottolinearsi l'inquadramento dell'istituto nella categoria della capacità a delinquere, da sottoporre

¹⁵⁰ LATAGLIATA A. R., *op. cit.*, p. 242.

¹⁵¹ In tal senso, facendo riferimento all'edizione del manuale precedente alla riforma del 1974, ANTOLISEI F., *op. cit.*, 1960, p. 483: "La ragione giustificatrice dell'aumento di pena in caso di recidiva deve ravvisarsi nel fatto che la ricaduta nel reato dimostra una volontà persistente nel delinquere e, perciò, una maggiore capacità criminale. Il recidivo può essere punito di più perché palesa una notevole inclinazione al delitto: perché il suo comportamento autorizza il timore di ulteriori reati nell'avvenire. [...] Neppure può affermarsi che la recidiva implichi un aumento del *quantum* della colpevolezza, secondo la tesi sostenuta da vari autori, giacché nessuna delle note da cui dipende l'intensità del dolo o la gravità della colpa si riscontra nel fatto di colui che ricade nel reato".

¹⁵² ROMANO M., *op. cit.*, p. 92.

¹⁵³ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 11.

a un giudizio di prognosi¹⁵⁴, altra parte della dottrina ha invece letto nel venir meno dell'obbligatorietà il rovesciamento del disegno originario del codice Rocco e dunque il passaggio da una preponderanza dell'aspetto specialpreventivo della pericolosità del soggetto alla centralità dell'aspetto della colpevolezza del fatto, rivalutando il modello classico-retributivo e l'osservazione della gravità del reato nella dimensione della personalità dell'autore¹⁵⁵. Secondo molti autori, quindi, il significato del rimprovero maggiore si rinviene nella violazione del dovere di emenda nascente dalla condanna e nella verifica, oramai da attuarsi concretamente, della gravità del reato commesso e della insensibilità verso l'ordinamento giuridico¹⁵⁶.

Gli orientamenti dottrinali successivi alla riforma traggono generalmente spunto dall'introduzione del generalizzato regime di facoltatività, pur giungendo poi a ricostruzioni dell'istituto in termini opposti. Tale impostazione è stata fermamente criticata dal punto di vista metodologico da chi ha invece sostenuto che la discrezionalità configura un «dato neutro», il quale assume significato solo in rapporto alla specifica funzione che l'ordinamento assegna all'istituto, e che, conseguentemente, dall'introduzione della facoltatività non è possibile trarre argomenti idonei a giustificare la recidiva in chiave specialpreventiva o retributiva¹⁵⁷. Volgendo l'attenzione, infatti, alla disciplina degli istituti che rientrano all'ampio fenomeno della reiterazione, quali ad esempio l'abitualità e la professionalità o il concorso di reati, è possibile rinvenire ipotesi di poteri discrezionali non solo nella più evidente ipotesi del giudizio prognostico su cui si basa l'applicazione delle misure di sicurezza, bensì anche nella valutazione del minor grado di colpevolezza che può essere riconosciuto nei casi di continuazione. Ne consegue dunque che alla base delle diverse ipotesi di applicazione della discrezionalità a tali istituti, non sia possibile sempre reperire una *ratio* comune e in assenza di una soluzione unitaria non si ritiene

¹⁵⁴ Vassalli G., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, come riportato in AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁵ ROMANO M., *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁶ In questi termini si pongono anche DASSANO F., *op. cit.*, p. 151; MARINI G., *op. cit.*, p. 886; MAZZA L., *op. cit.*, p. 72; PITTARO P., *op. cit.*, p. 366; AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁷ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 17. Tale indirizzo si riscontra anche in DASSANO F., *op. cit.*, p. 151, dove pur sostenendosi che la generalizzazione della facoltatività di per sé “parrebbe autorizzare una ricostruzione dell'istituto in chiave special-preventiva”, si afferma poi che “la facoltatività invero non inerisce al problema dei contenuti dell'istituto: come abbiamo in precedenza rilevato, è il problema della *ratio* che si pone come pregiudiziale rispetto all'indagine sui modi di applicazione della discrezionalità, e non è da questi che possa trarsi argomento per la ricostruzione del significato della previsione normativa”.

possibile affermare che la generalizzazione della discrezionalità accentui l'una o l'altra chiave di interpretazione del fondamento.

Ugualmente insufficiente a tali fini è stato ritenuto un parametro basato esclusivamente sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla dichiarazione di recidiva, che porterebbe a interpretare la volontà del legislatore nel senso di collocare la recidiva nell'ambito di un giudizio di colpevolezza a partire dal posizionamento dell'istituto in una tipologia legale di tipo repressivo a cui si applica un aggravamento della pena, distinguendolo perciò dalla delinquenza abituale o professionale a cui si collega una misura di sicurezza¹⁵⁸. L'impostazione della questione basata sul valore categoriale delle conseguenze giuridiche si sviluppa nella prospettiva secondo cui alla pena sarebbe assegnata una funzione unica, che tuttavia è ritenuta definitivamente superata. Non è dunque possibile trarre elementi idonei a individuare in modo univoco il fondamento dell'istituto a partire da un parametro che faccia riferimento alle sole differenze di trattamento derivanti dalla dichiarazione di recidiva rispetto a quelle derivanti dalle ipotesi di pericolosità: l'aspetto legato alle conseguenze giuridiche non può che rappresentare «un mero indizio circa la *voluntas legis* di inserire l'istituto in una dimensione di stampo repressivo»¹⁵⁹.

La dottrina ha allora provato ad adottare un differente approccio al problema, avendo riguardo alla formulazione dell'art. 99 c.p. come risultava in seguito alle modifiche apportate dalla novella. Pur ammettendo l'assenza di requisiti espressi per la riconoscibilità della recidiva e di indicazioni univoche in ordine al suo fondamento, Dassano giunge a una lettura dell'istituto in chiave nettamente retribuzionistica al termine di una ricostruzione fondata su elementi sistematici e alla luce dei principi costituzionali. L'autore muove da un doppio ordine di motivazioni: da un lato, l'unica residua ipotesi di minimo “rigido” di pena, al n. 3 del secondo comma dell'art. 99 c.p., dimostra che la maggiore severità nell'ipotesi in questione, in un quadro normativo ispirato invece a larga discrezionalità, dipende dalla qualificazione giudiziale precedente e non può quindi essere letta in chiave di pericolosità del delinquente; dall'altro lato, il limite massimo all'aumento di pena, di cui all'ultimo comma dell'art. 99 c.p., essendo da interpretarsi come un meccanismo di proporzionalità tra il fatto commesso, rapportato alla colpevolezza, e la sanzione,

¹⁵⁸ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁹ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 25.

viene ad esemplificare l'accentramento dell'interesse del legislatore sulle condanne passate più che sul futuro in vista di un accertamento di pericolosità¹⁶⁰. Emerge, dunque, una struttura soggettiva della recidiva, ravvisabile nello stretto rapporto di "immedesimazione personale" con la sentenza di condanna e, pertanto, nella violazione del monito che nasce dal giudicato, che porta l'autore a concludere nei termini di una «conferma del significato dell'istituto nella *violazione del dovere di emenda* nascente dalla condanna, così come qualificato da determinati contenuti di essa, e dalla intensità di un monito che dispiega in senso graduale la sua efficacia, proporzionalmente all'entità della sanzione inflitta. La *maggior consapevolezza del disvalore* del proprio atto di ribellione caratterizza i contenuti della condotta del recidivo»¹⁶¹. Tale ricostruzione, come osserva l'autore, si armonizza pienamente con i principi garantiti dalla Costituzione in ordine alla responsabilità personale e alla funzione rieducativa della pena¹⁶².

È stato tuttavia osservato¹⁶³ che la soggettivizzazione della recidiva e la sua collocazione in un'ottica di colpevolezza trovavano un limite nel criterio di imputazione oggettiva delle circostanze, che avrebbe permesso di dichiarare recidivo anche colui che non fosse stato a conoscenza della precedente condanna¹⁶⁴, e la facoltatività dell'aumento non avrebbe allora potuto basarsi su un giudizio di maggiore colpevolezza del reo, bensì su una valutazione prognostica circa l'opportunità di aggravare la pena nei confronti di un soggetto per il quale le sanzioni precedentemente comminate si erano dimostrate insufficienti. Successivamente è però intervenuta la legge n. 19/1990, che, in un processo di completa affermazione del principio di colpevolezza sancito dall'art. 27 della Costituzione, ha portato all'abbandono del modo di imputazione oggettivo delle circostanze aggravanti e dunque, rispetto alla materia in esame, alla rimozione dell'aspetto di contraddittorietà con la struttura soggettiva della recidiva¹⁶⁵. Nonostante la dottrina prevalente¹⁶⁶ abbia

¹⁶⁰ DASSANO F., *op. cit.*, p. 152.

¹⁶¹ DASSANO F., *op. cit.*, p. 157.

¹⁶² DASSANO F., *op. cit.*, p. 158.

¹⁶³ MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità.*, p. 83, nota 72.

¹⁶⁴ La formulazione originaria del primo comma dell'art. 59 c.p. prevedeva che "Salvo che la legge disponga altrimenti, le circostanze che aggravano ovvero attenuano o escludono la pena sono valutate, rispettivamente, a carico o a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti".

¹⁶⁵ L'attuale secondo comma dell'art. 59 c.p. prevede che "Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa".

avanzato perplessità proprio in merito all'intervento di tale modifica sulla disciplina della recidiva, la cui *ratio* aggravatrice si fonderebbe su presupposti che assumono rilievo a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità che il reo ne possa avere, vi è chi ha rinvenuto proprio nella nuova disciplina del regime di imputazione delle circostanze aggravanti la definitiva affermazione di un modello classico-retributivo di recidiva, incentrato su una più intensa colpevolezza per il fatto¹⁶⁷. Alla luce dell'innovazione apportata all'ordinamento nel 1990, Ambrosetti ritiene superato il problema dell'assenza nel testo dell'art. 99 c.p. di criteri da porre a guida del giudizio discrezionale e risolto il dilemma tra un'interpretazione in chiave diagnostico-repressiva e un'altra in chiave prognostico-preventiva, dal momento che il nuovo criterio di imputazione personale della recidiva, con i parametri di conoscenza o conoscibilità, richiede una lettura ermeneutica orientata in una prospettiva di colpevolezza per il fatto, sgombrando il campo da interpretazioni in termini di prognosi e prevenzione speciale. Il giudice, nel valutare l'esistenza dei presupposti per attribuire la qualifica di recidiva, deve allora essere guidato dal solo criterio della verifica della conoscenza o conoscibilità, da parte del reo, del monito della precedente condanna¹⁶⁸.

Nell'ambito della varietà di indirizzi emersi intorno al problema del fondamento della recidiva in seguito alla novella del 1974, alcuni autori hanno dato all'istituto una configurazione bidimensionale, cioè sia in chiave repressiva, sia preventiva. Ravvisando un raccordo con il tema della finalità della pena, la discrezionalità era ricondotta a un duplice parametro, in cui la rimproverabilità per il reato commesso e la pericolosità erano considerate due componenti non confliggenti¹⁶⁹. Infine, nella particolare ricostruzione operata da un autore, il giudizio *ex art. 99 c.p.* si fonderebbe su uno status di "pre-pericolosità", caratteristico delle situazioni in cui non si sia ancora evidenziata pienamente la pericolosità del soggetto

¹⁶⁶ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. 425.

¹⁶⁷ In questi termini si pone il ragionamento di AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 33. L'autore inoltre ha cura di sottolineare che il ricorso all'ulteriore "strumento ermeneutico" configurato dal regime di imputabilità delle circostanze aggravanti non implica una confusione tra i due distinti, anche se parimenti controversi, problemi della *ratio* e della natura giuridica dell'istituto.

¹⁶⁸ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 50. L'autore, inoltre, sottolinea come la recidiva, e in modo particolare l'aggravamento della pena che ne consegue, pur non essendo riconducibile a una tipologia legale di stampo prognostico e preventivo, possa in ogni caso svolgere una funzione specialpreventiva, come ogni provvedimento afflittivo. La medesima posizione si rinviene anche in DASSANO F., *op. cit.*, p. 180.

¹⁶⁹ È la tesi di MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 646; DINACCI E., *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giustizia Penale*, 1988, II, c. 67; NUVOLONE P., *Il sistema*, *op. cit.*, p. 339.

pur essendovi degli indizi di “equiprobabilità” di future condotte criminose. L’istituto viene inquadrato nella sfera della prevenzione, ma, sulla base della riconosciuta natura polidimensionale della pena, non vi sarebbero ostacoli ad inserire la recidiva nella dimensione della colpevolezza¹⁷⁰.

Se dal panorama dottrinale non emerge dunque una soluzione univoca al problema del fondamento della recidiva, da parte della giurisprudenza vi è stato un esplicito rifiuto di prendere una posizione in merito alla questione. Paradigmatica di tale atteggiamento è la sentenza in cui la Corte di Cassazione afferma che «per l’esercizio del potere ora concesso al giudice dal nuovo testo dell’art. 99 del codice penale, non occorre prendere posizione sulla questione se la causa dell’aggravante della recidiva sia ravvisabile nell’aumento della pericolosità criminale dell’agente, oppure nella maggiore gravità del reato successivo ai precedenti, per effetto del mutamento dell’energia spirituale che lo caratterizza»¹⁷¹. Similmente, la giurisprudenza successiva alla riforma del 1974 si è limitata a sostenere la necessità di un collegamento psicologico fra la prima condanna e quelle ulteriori, facendo inoltre riferimento indistintamente ai concetti di “insensibilità etica”, “maggiore capacità a delinquere” e “pericolosità”, venendo dunque ad accomunare valutazioni di stampo retributivo e prognostico¹⁷². A fronte della peculiare posizione assunta dalla giurisprudenza, la dottrina si è dimostrata piuttosto critica rispetto all’evidenza che era stata in questo modo disattesa l’esigenza, avvertita dai primi commentatori della riforma, di cercare di enucleare, anche attraverso le decisioni giudiziali, la *ratio* della recidiva¹⁷³.

3.3.1. Il dibattito in giurisprudenza e dottrina intorno alla natura giuridica della recidiva.

Contrapposte opinioni in seno alla dottrina e incertezze dal punto di vista delle decisioni giudiziali emergono anche in merito al problema della definizione della natura giuridica della recidiva. A fronte dell’incontestata scelta del legislatore di

¹⁷⁰ GUERRINI F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall’art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, p. 55.

¹⁷¹ Cass. Sez. V, 21 agosto 1975 (ric. Di Giorgio), *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 1082.

¹⁷² Cass. Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. Mele), *cit.*; Cass. Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. Milo), *cit.*; Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. Caccavaro), *cit.*, Cass. Sez. I, 13 gennaio 1976 (ric. Tosto), *cit.*

¹⁷³ PEDRAZZI C., *op. cit.*, p. 307; BERTONI R., *op. cit.*, p. 1400.

riconoscere alla recidiva l'efficacia di accentuare la carica di criminalità dell'illecito commesso da una persona già condannata, sotto il profilo dogmatico il dibattito si è da sempre polarizzato tra la concezione dell'istituto come una vera e propria circostanza del reato in senso tecnico, quindi come elemento accessorio rispetto a un nucleo centrale, e la tesi per cui lo *status* previsto all'art. 99 c.p. andrebbe collocato fra le cosiddette circostanze improprie, trattandosi invece di una qualificazione soggettiva autonoma della persona che infrange il comando penale. Le discussioni intorno alla forma della recidiva si attestano già durante la vigenza del testo originario del codice Rocco e neanche le modifiche apportate dalla riforma del 1974, che in particolare attraverso l'introduzione del giudizio di bilanciamento anche per le aggravanti e le attenuanti inerenti la persona del colpevole sembrava aver fornito un ulteriore elemento a favore dell'inquadramento dogmatico in tali termini, e la successiva riforma dell'art. 59 c.p. hanno portato la dottrina ad assumere una posizione univoca sul punto.

Meno oscillante della dottrina si era dimostrata già da tempo la Corte di Cassazione, che in modo consolidato riteneva che la recidiva rientrasse pienamente nella categoria delle circostanze aggravanti ancor prima dell'entrata in vigore della legge del 1974¹⁷⁴. Successivamente alla riforma, la giurisprudenza ha di fatto ricalcato il precedente costante indirizzo giurisprudenziale, in molti casi dando per assodata la natura circostanziale e limitandosi semplicemente a ribadire che «una corretta formulazione dell'accusa non deve mai prescindere dalla contestazione della recidiva che continua – ovviamente nei limiti di cui all'ultimo comma dell'art. 99 c.p. – a svolgere il ruolo di circostanza aggravante in relazione alle molteplici finalità del processo»¹⁷⁵. È stato rilevato, inoltre, che in molte occasioni la Corte, senza esprimersi in approfondite valutazioni dogmatiche, una volta riconosciuta la problematicità della questione abbia preferito adottare una visione “pragmatica” della questione controversa, optando, più che per una formale *definizione* di circostanza del

¹⁷⁴ Si fa riferimento, ad esempio, alla decisione delle Sezioni Unite, 27 maggio 1961, in *Archivio Penale*, 1962, II, p. 644, nella quale la Corte di Cassazione, intervenendo sul problema che si porrà anche successivamente dell'effetto della recidiva sul regime di procedibilità, ha modo di affermare che “ai fini di risolvere il problema in esame, bisogna prendere le mosse dal dato legislativo attualmente in vigore. Questo dice, senza alcun dubbio, che, nel sistema dei codici, la recidiva viene considerata una circostanza del reato inerente alla persona del colpevole: un elemento cioè che accede eventualmente alla entità dell'illecito, in concreto perpetrato, qualificandolo in un certo modo ed in vista di particolari effetti a parte subiecti (art. 70 c.p.; 32 e 446 c.p.p.)”.

¹⁷⁵ Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. Caccavaro), *cit.*, p. 306. Lo stesso orientamento emerge anche in Cass. Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. Milo), *cit.*

reato, per l'assunzione del ruolo della stessa come circostanza di reato¹⁷⁶. Dove quindi la giurisprudenza non appare già esplicitamente ferma nel considerare la recidiva alla stregua di una circostanza del reato¹⁷⁷, la Cassazione non esita comunque ad affermare che essa costituisce anche una qualificazione personale, senza che ciò però influisca in alcun modo sull'applicazione della disciplina positiva: «malgrado la sua particolare natura di qualificazione giuridica inerente alla persona del colpevole, la recidiva riceve nel vigente ordinamento penale un trattamento giuridico del tutto identico a quello previsto, in generale, per le circostanze aggravanti del reato, sicché, ai fini della determinazione della pena, occorre procedere ad una valutazione globale della fattispecie, circostanziata da aggravanti ed attenuanti, ed alla conseguente individuazione della incidenza del risultato di tale valutazione sulla determinazione stessa»¹⁷⁸.

Nel contesto di una sostanziale omogeneità di approccio nei confronti della questione della natura della recidiva, rafforzata dalla constatazione che, in luogo del disegno originario del codice Rocco in cui essa formalmente non entrava a far parte delle aggravanti compatibili con le attenuanti ai fini del giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, la formulazione del medesimo articolo così come modificata dalla riforma del 1974 includeva esplicitamente la recidiva in tale giudizio, un elemento di dissonanza è rappresentato da una sentenza delle Sezioni Unite¹⁷⁹ che, in ordine allo specifico problema del regime di procedibilità per la truffa aggravata, ha affermato che la recidiva è una circostanza aggravante “*sui generis*”, mettendo in rilievo la differenza strutturale di questa rispetto alle circostanze in senso tecnico tale per cui essa assumerebbe rilevanza solo quando venga presa in considerazione la misura della pena. La questione decisa dalla sentenza trae origine dalla modifica apportata al regime di perseguibilità d'ufficio della truffa dall'art. 98 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che in un'ottica di depenalizzazione dispone, in via generale, la regola della procedibilità previa querela della persona offesa “salvo che ricorra taluna delle

¹⁷⁶ L'osservazione è di MUSCATIELLO V. B., *op. cit.*, p. 62, con riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite 31 gennaio 1987, in *Giustizia Penale*, 1988, II, p. 65 come commentata da E. DINACCI.

¹⁷⁷ Tra le altre, si possono citare le pronunce Cass. Sez. II, 29 novembre 1988 (ric. Sciuto), in *Rivista penale*, 1990, 989; Cass. Sez. V, 5 marzo 1999 (ric. Albanese), in *Cassazione penale*, 2000, p. 1261.

¹⁷⁸ Cass. Sez. VI, 17 ottobre 1978 (ric. Martino), in *Mass. dec. pen.*, 1980, m. 987. Tra le altre, si può segnalare per il medesimo approccio al problema Cass. Sez. V, 8 giugno 1984 (ric. Di Pasquale), in *Giustizia Penale*, 1985, II, c. 459 dalla quale emerge che: “nel vigente ordinamento, [la recidiva] sia definita aggravante e che, come tale, sul piano normativo, riceva un trattamento giuridico del tutto identico a quello previsto per le circostanze aggravanti”.

¹⁷⁹ Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987 (ric. Paolini), in *Foro Italiano*, 1987, II, c. 633.

circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante". Il generico rinvio alle circostanze aggravanti ha conseguentemente posto al vaglio della giurisprudenza il dilemma rispetto all'inclusione o meno della recidiva tra le circostanze che rendono perseguibile d'ufficio la truffa. Prima della pronuncia delle Sezioni Unite si era delineato un contrasto in seno alla Corte, all'interno del quale un primo gruppo di sentenze si era assestato nel senso dell'inclusione dell'istituto tra le circostanze aggravanti menzionate dalla nuova disciplina della truffa, riconoscendo alla recidiva una duplice, ma non antitetica, fisionomia¹⁸⁰ e attenendosi a un approccio interpretativo formalistico che privilegia il carattere vincolante dei dati normativi emergenti dalla mutata struttura dell'art. 99 c.p. e dall'ampliamento del giudizio di comparazione delle circostanze¹⁸¹. Un differente gruppo di pronunce¹⁸², invece, aveva ritenuto l'astratta inidoneità della recidiva ad influire sul regime di procedibilità del reato di truffa, prescindendo dall'affrontare la generale tematica della natura circostanziale o meno della recidiva e spostando invece l'accento sull'effettiva portata della disposizione di cui all'art. 640 c.p. e circoscrivendo la ricerca delle circostanze rilevanti ai soli casi che presentano un'idoneità funzionale alla distinzione fra diverse forme di procedibilità, a partire dalla capacità delle circostanze di agire sulla quantità della pena.

Con la sentenza delle Sezioni Unite la Corte viene quindi a comporre i differenti orientamenti creatisi al suo interno optando nel senso di escludere la recidiva dal novero delle circostanze rilevanti ai fini della procedibilità d'ufficio¹⁸³. Per

¹⁸⁰ "Da un lato inerisce allo stato soggettivo dell'imputato, la cui pregressa attività delittuosa è rivelatrice della sua predisposizione alla ricaduta nel reato; per altro verso, ha funzione di circostanza aggravante del reato, che può essere presa in considerazione ad ogni effetto penalistico, una volta dichiarata dal giudice di merito". Cass. 1 febbraio 1983 (ric. Pivari), in *Giustizia Penale*, 1983, III, c. 693. Così anche, ad esempio, Cass. Sez. V, 8 giugno 1984 (ric. Di Pasquale), *cit.*, c. 458.

¹⁸¹ MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, *cit.*, p. 65.

¹⁸² Tra queste, Cass. Sez. II, 31 ottobre 1983 (ric. Gozzi), in *Cassazione Penale*, 1985, p. 1385 e Cass. 28 aprile 1983 (ric. Battuello), in *Giustizia Penale*, 1983, III, c. 686. Nelle motivazioni di quest'ultima, la Corte afferma con chiarezza: "Ritiene il collegio che le aggravanti che possono far divenire perseguibile d'ufficio un reato normalmente punibile a querela di parte debbono necessariamente essere solo le aggravanti che ineriscono direttamente al fatto-reato, aumentandone la pericolosità sociale e la gravità e rendendone perciò opportuno il sottrarre la perseguibilità penale al potere dispositivo della parte offesa. Si deve trattare cioè di circostanze aggravanti oggettive e soggettive che non siano però inerenti esclusivamente alla persona del colpevole e come tali insuscettibili di comunicarsi agli altri compartecipi del reato e di incidere sulla natura e gravità dello stesso".

¹⁸³ Dalle motivazioni della decisione emerge l'intenzione della Corte di richiamarsi all'interpretazione della normativa vigente sotto il profilo del dato letterale "fornito principalmente dall'art. 70 c.p., che definisce la recidiva «circostanza soggettiva» inerente alla persona del colpevole, e dall'art. 446 c.p.p., che la qualifica «circostanza aggravante». Ma il valore di quest'ultima qualificazione, anche se non annullato, è certamente affievolito dalla sempre più frequente distinzione tra «recidiva» e «circostanze

giungere alla conclusione che la recidiva sia un circostanza *sui generis*, la sentenza in discussione fa ricorso, da un lato, al criterio della collocazione sistematica dell'istituto, e, dall'altro, al rilievo che la recidiva ha effetto esclusivamente in ordine alla misura della pena e non sulla quantità del fatto-reato, al quale rimarrebbe estranea¹⁸⁴. La sentenza in oggetto, dunque, mettendo in rilievo la differenza strutturale della recidiva rispetto alle circostanze in senso tecnico, anche se solamente in relazione ad una particolare fattispecie, afferma che la contestazione *ex art. 99 c.p.* non esclude la perseguibilità a querela del reato di truffa dal momento che la recidiva è una circostanza aggravante soggettiva, inerente alla persona del colpevole, che non può essere considerata un accessorio del reato, consistendo in una qualificazione giuridica soggettiva che non incide sulla quantità del fatto-reato, a differenza invece delle circostanze in senso tecnico, che determinano una maggiore o minore gravità dell'illecito, alle quali soltanto il legislatore ha voluto riferirsi per affermare la perseguibilità d'ufficio della truffa¹⁸⁵. Operando allora un'interpretazione sistematica restrittiva del secondo comma dell'art. 640 c.p. è parso lecito concludere che della recidiva si può affermare non tanto che non sia una circostanza aggravante, quanto

aggravanti», che si riscontra in altre successive formulazioni legislative” e dal punto di vista sistematico, rispetto al quale si osserva che “il codice penale si occupa della recidiva non nella parte che riguarda il reato, ma in quella che si riferisce al reo. [...] La recidiva qualifica il soggetto, ma resta del tutto estranea alla fattispecie legale, comunque circostanziata, del reato. Essa, infatti, a differenza di altre condizioni personali che incidono sulla tipicità del reato, incide esclusivamente sulla quantità della pena da infliggere in concreto”. Successivamente, si argomenta come la sostanziale peculiarità della recidiva rispetto alle altre circostanze fosse ben chiara già al legislatore del 1930 e che con la riforma del 1974 sia stata ribadita nell'ambito delle modifiche apportate all'art. 69 c.p., in cui si indicano esplicitamente le circostanze inerenti alla persona del colpevole. Le Sezioni Unite sostengono infine che “dalla disciplina legislativa della recidiva si può trarre la conclusione che essa è una «circostanza aggravante» *sui generis*, che ha rilevanza solo quando sia presa in considerazione la misura della pena, mentre non produce alcun effetto sulla quantità del fatto-reato, al quale resta estranea. [...] Al lume delle considerazioni svolte sulla limitata funzione di aggravante della recidiva, può agevolmente escludersi che essa abbia tale funzione nell'ambito dell'ultimo comma 640 c.p. La dizione del testo fa apparire evidente che il legislatore ha voluto escludere dalla punibilità a querela anzitutto il reato di truffa aggravato ai sensi del capoverso dell'art. 640 e cioè nel caso che il fatto assuma la tipicità descritta dalla norma stessa. A quelle specificatamente previste ha equiparato le altre circostanze aggravanti. La rimarcata equiparazione deve far ritenere che il legislatore abbia voluto includere solo le circostanze che, come quelle previste dal capoverso dell'art. 640, incidono sulla quantità del fatto. [...] Infine sarebbe assurdo sottrarre la perseguibilità penale al potere dispositivo della persona offesa in base ad una mera presunzione di maggiore capacità a delinquere del recidivo, la quale, come si è detto, può essere esclusa, in concreto, dal giudice del dibattimento”.

¹⁸⁴ Nel commentare la sentenza, Melchionda osserva che la pronuncia finisce con il riprendere le argomentazioni di carattere dogmatico e generale, peraltro già proposte dalla dottrina contraria a ricondurre l'istituto alla categoria circostanziale, da cui la Corte si era manifestamente proposta di prescindere. MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro Italiano*, 1987, II, c. 633.

¹⁸⁵ DE MATTEIS L., *Art.99*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di LATTANZI G., LUPO E., vol. IV, Milano, 2010, p. 107. Nonché Cass. Sez. II, 31 ottobre 1983 (ric. Gozzi), *cit.*, p. 1385.

che non rientri tra le aggravanti considerate ai fini del regime di procedibilità della truffa¹⁸⁶.

La dottrina si è tuttavia posta in modo critico nei confronti della sentenza in esame, contestandone la linearità dogmatica. In primo luogo, si afferma che, anche ammessa l'estraneità della qualifica *ex art. 99 c.p.* dal fatto tipico, non è corretto sostenere che vi siano per questo motivo ostacoli a ricondurla alla categoria delle circostanze, intese come elementi che comportano una valutazione quantitativa o qualitativa della sanzione¹⁸⁷. In secondo luogo, ha destato perplessità la collocazione della recidiva in una sorta di "fascia intermedia" tra le circostanze in senso tecnico e i criteri di mera commisurazione della pena¹⁸⁸.

Al di là della specifica questione, il dato significativo che emerge dalla sentenza consiste nell'aver posto in crisi un orientamento giurisprudenziale che sembrava ormai consolidato nel senso di ritenere l'istituto soggetto alla disciplina delle circostanze in senso tecnico. Un ulteriore elemento di incertezza si è poi delineato in seguito all'introduzione nel 1974 del generale regime di facoltatività della recidiva, rispetto al quale la giurisprudenza si è prevalentemente posta nel senso di ritenere che la nuova configurazione dell'art. 99 c.p. comporti la facoltà per il giudice di non procedere all'aumento della pena, ma non quella di escludere la recidiva che continua a qualificare più gravemente il reato ad ogni effetto¹⁸⁹. Coerentemente con questa posizione si verrebbe però configurare una circostanza sottoposta a un regime del tutto speciale, in cui, ad esempio, se la recidiva continua a qualificare il reato, anche quando sia stato escluso il relativo aumento, dovrebbe essere riconsiderata *ex art. 69 c.p.*, dando adito a soluzioni diverse e contraddittorie¹⁹⁰.

¹⁸⁶ ROMANO M., *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁷ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁸ MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi*, *cit.*, c. 635. L'autore inoltre specifica che "l'alternativa non pare in sostanza superabile attraverso la configurazione di un *tertium genus* all'interno del quale collocare l'istituto di cui si dibatte. Gli stessi autori che hanno posto in discussione l'attuale natura della recidiva confermano l'inconciliabilità delle soluzioni: o si tratta di una circostanza in senso tecnico, che quindi deve essere obbligatoriamente considerata nell'ambito del giudizio di comparazione; o rappresenta un semplice parametro di commisurazione della pena, ed allora va esclusa da tale valutazione. Una soluzione intermedia non pare trovare fondamento concreto".

¹⁸⁹ In tal senso, le già citate pronunce Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. Caccavaro), *cit.*; Cass. Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. Mele), *cit.*; Cass. Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. Milo), *cit.* Sulla questione si rinvia al paragrafo 3.2.

¹⁹⁰ Osservazioni critiche in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla combinazione dell'orientamento prevalente della giurisprudenza rispetto alla consistenza della facoltatività della recidiva e della sua natura di circostanza sono avanzate in MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, p. 78 e PEDRAZZI C., *op. cit.*, p. 305.

La tesi per cui il regime facoltativo rappresenterebbe una condizione ostativa al riconoscimento della

In conclusione per quanto riguarda il piano dell'interpretazione giurisprudenziale, pur ravvisandosi una maggiore omogeneità di orientamenti rispetto alle valutazioni compiute dalla dottrina, si deve affermare che l'inquadramento dell'istituto nella categoria delle circostanze non è del tutto pacifico. La Corte è infatti incorsa in difficoltà, in ordine a talune specifiche questioni, nel mantenersi coerente con la premessa secondo cui dopo la riforma del 1974 la qualifica di circostanza aggravante non dovesse essere messa in discussione, come emblematicamente dimostrano la decisione delle Sezioni Unite in merito alla procedibilità d'ufficio della truffa e il prevalente indirizzo giurisprudenziale sulla portata della facoltatività.

La presenza di posizioni discordanti con la qualificazione circostanziale *ex lege* della recidiva, emersa tra gli indirizzi giurisprudenziali, caratterizza anche lo scenario degli orientamenti della dottrina nel solco di tutte le riforme che hanno interessato la materia. Già nel contesto originariamente disegnato dal codice Rocco era stato posto l'accento sulla singolarità del fatto che, pur essendo classificata come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, fosse stato predisposto per la recidiva un trattamento particolare, differente da quello previsto per le altre circostanze, e che lo specifico regime stabilito dall'art. 99 c.p. non fosse pacificamente conciliabile con quello degli elementi accidentali del reato. Da parte di chi negava alla recidiva la natura di circostanza veniva argomentato che essa fosse una circostanza "nel" reato ed attinente alla persona del reo e non invece una circostanza "del" reato¹⁹¹, al punto che la qualifica *ex art. 99 c.p.* veniva a rivestire il ruolo di indice di colpevolezza non solo per il singolo reato ma per tutto il genere di vita del soggetto¹⁹². Si fa inoltre riferimento al dettato del codice vigente, da un lato evidenziando la collocazione sistematica della disciplina nel Capo del codice penale dedicato al profilo del reo, al fine di avvalorare la tesi della natura di esclusiva qualificazione personale, dall'altro

natura circostanziale della recidiva costituisce uno dei principali argomenti su cui si è orientata parte della dottrina nell'ambito della controversia (di cui si tratterà a breve) rispetto alla qualificazione dogmatica dell'istituto.

¹⁹¹ VIRGILIO M., *op. cit.*, p. 864.

¹⁹² BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1978, p. 652. "Si tratta, quindi, di una qualificazione giuridica soggettiva, la quale porta ad un aggravamento della pena, perché la *inclinazione al reato*, che sussiste nell'animo del reo, postula un'*espiazione particolare* con una pena che non guarda più, se non occasionalmente, al nuovo reato perpetrato, mentre tiene presente un determinato *modo di essere dell'agente*".

Sempre nel solco delle teorie che riconducono la recidiva alla colpevolezza e negano la natura di circostanza si collocano la qualificazione della recidiva operata da DELL'ANDRO R., *op.cit.*, p. 195 come forma diversa e autonoma di "colpevolezza di inclinazione" e il chiaro inquadramento tra le qualificazioni giuridiche soggettive operato da LATAGLIATA A. R., *op. cit.*, p. 29.

distinguendo la categoria delle circostanze indicate all'art. 70 c.p. dalle circostanze in senso tecnico¹⁹³. Infine, da parte un'ulteriore riflessione critica intorno alla prevalente qualificazione circostanziale della recidiva, di cui ancora una volta si sottolinea l'estraneità alla struttura del reato¹⁹⁴, viene portato a conforto della tesi in esame il contenuto del comma quarto dell'art. 69 c.p. vigente all'epoca, secondo il quale non si poteva tenere conto della recidiva al fine di stabilire un eventuale rapporto di equivalenza o prevalenza tra aggravanti e attenuanti.

Dall'altro lato del dibattito dottrinale antecedente alla riforma del 1974 si collocano invece autori che non dubitano dell'appartenenza della recidiva alla categoria delle circostanze aggravanti. Tra gli appunti che vengono mossi alle tesi contrarie, è stato evidenziato¹⁹⁵, stabilendo un paragone con il terzo comma dell'art. 688 c.p., come la recidiva non sarebbe l'unica ipotesi in cui un modo di essere del soggetto viene assunto a contenuto di una circostanza dall'ordinamento. Avverso le obiezioni di carattere sistematico si è invece rilevato che nello stesso Titolo della parte generale del codice penale in cui è disciplinata la recidiva sono anche presenti altre ipotesi sicuramente circostanziali, tra cui le circostanze di concorso previste ad esempio agli artt. 112 e 114 c.p., concludendo in favore del carattere non determinante della collocazione data dal legislatore alla figura in esame ai fini dell'individuazione della sua natura giuridica. Una diversa prospettiva¹⁹⁶ assume come dato non contestato che la scelta del legislatore dimostri con tutta evidenza la scelta per la recidiva, cui si riconosce l'efficacia di accentuare la carica di criminalità dell'illecito, di un trattamento proprio delle circostanze di reato. Viene inoltre contestato che l'orientamento contrario alla qualificazione circostanziale tragga le proprie basi da una «errata concezione della gravità del reato, intesa come entità, di

¹⁹³ BETTIOL G., *op. cit.*, p. 505 “Non crediamo, però, che la recidiva (anche se nel processo deve essere contestata all'imputato) possa considerarsi come una circostanza del reato, perché essa non si riverbera sull'illecito: che il reato sia perpetrato da un primario o da un delinquente recidivo è elemento che non altera la *quantitas delicti*”. Nello stesso senso anche ANTOLISEI F., *op. cit.*, 1960, p. 316. BETTIOL, nota inoltre come non possa essere considerato dirimente l'utilizzo all'art. 70 c.p. del termine “circostanze” dal momento che è «spesso usato dal legislatore in modo improprio». *op. cit.*, p. 650.

¹⁹⁴ PISAPIA G.D., *op. cit.*, p. 973. “La definizione che il nostro codice dà della recidiva come «circostanza aggravante» del reato, non può acquietare l'interprete. Come può dirsi, infatti, che il reato commesso dal recidivo sia un reato *più grave* di quello commesso dal delinquente primario? Forse che esso ha, obiettivamente, una struttura diversa da quella del reato commesso dal non recidivo, o produce un danno maggiore nei confronti del soggetto passivo o della società? [...] La recidiva non costituisce una circostanza aggravante del reato, ma una qualificazione soggettiva del reo”.

¹⁹⁵ MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, p. 95.

¹⁹⁶ ROMANELLI A., *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1968, I, c. 238.

guisa che la circostanza, quale elemento accessorio, determina una diminuzione o un ampliamento di detta entità», probabilmente come conseguenza dell'osservazione particolare di certe aggravanti o di certe attenuanti. Il grado maggiore di gravità apportato dalla recidiva sarebbe così da intendere in modo differente¹⁹⁷ e «la presenza di qualche circostanza, che può esserci o non esserci e non attiene quindi alla essenzialità del reato, dal legislatore già tipicamente previsto, non fa aumentare l'entità del reato come quantità, ma fa aumentare la gravità del reato, intesa però esattamente, a nostro avviso, nel senso che il reato, per la presenza di tale circostanza, deve essere più gravemente, o meno gravemente, punito di quello in cui tale circostanza non ricorre». La questione della natura giuridica dell'istituto della recidiva viene in questo modo posta in diretta relazione con le più generali discussioni in merito alle caratteristiche delle circostanze aggravanti e l'autore conclude che «la recidiva è una qualificazione soggettiva del soggetto agente, è uno stato giuridico del reo, che il legislatore considera come circostanza e che, quando ricorre, rende il reato più grave e di conseguenza comporta un aumento di pena»¹⁹⁸.

Nemmeno con le novità apportate dalla riforma del 1974, che, introducendo il giudizio di bilanciamento anche per le aggravanti ed attenuanti inerenti alla persona del colpevole, sembrava aver fornito un elemento in favore di un inquadramento dogmatico della recidiva tra le circostanze aggravanti, la dottrina ha assunto una posizione univoca in merito alla questione. La dottrina prevalente¹⁹⁹ riconosce la natura circostanziale e vede nella novella una conferma di tale carattere, muovendo in primo luogo dal dato letterale e da quella che è giudicata essere una espressa volontà del legislatore risultante dalla qualifica normativa nell'ultimo comma dell'art. 70 c.p. e dalla presenza della variazione della quantità della cornice di pena edittale prevista dalla disciplina dell'art. 99 c.p., costituente il requisito tipico delle disposizioni

¹⁹⁷ «Sembra a noi invece che la concezione della recidiva come qualificazione giuridica soggettiva del reo sia perfettamente conciliabile con la sua natura di circostanza aggravante del reato, solo che tale gravità si intenda non come entità diminuita o aumentata dalla ricorrenza della circostanza, ma come giudizio astrattamente e tipicamente dato dal legislatore per un reato che, oltre agli elementi essenziali, costitutivi, presenti qualche circostanza che riguardi elementi oggettivi della condotta o riguardi il reo o la persona offesa dal reato.» ROMANELLI A., *op. cit.*, c. 238.

¹⁹⁸ ROMANELLI A., *op. cit.*, c. 238. Un ulteriore sostegno alla tesi secondo la quale la recidiva farebbe incontestabilmente parte della categoria delle circostanze aggravanti si rinvia in MINERVINI M., *op. cit.*, p. 326, dove l'autore afferma che anche dopo la modifica legislativa intervenuta nel 1974 essa «rimane strutturata come circostanza aggravante del reato».

¹⁹⁹ Tra gli altri, MARINI G., *Le circostanze*, *cit.*, p. 92; MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi*, *cit.*, c. 635; DASSANO F., *op. cit.*, p. 127; ROMANO M., *op. cit.*, p. 90; AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 54; MULLIRI C., *op. cit.*, p. 1326; PITTARO P., *op. cit.*, p. 365.

circostanziali²⁰⁰. Tale risultato è inoltre avvalorato da due innovazioni collaterali alla modifica della disciplina dell'art. 99 c.p.: sia per quanto concerne l'ultimo comma dell'art. 69 c.p., così come modificato nel 1974, in base al quale le disposizioni sul concorso di circostanze si applicano a quelle inerenti alla persona del colpevole, sia per quanto invece attiene alla riforma del 1990 dell'art. 59 c.p., rispetto al quale l'assenza di una disciplina derogatoria per le suddette circostanze ha spinto a ritenere la possibilità di applicare l'imputazione soggettiva anche all'istituto di cui all'art. 99 c.p. È dunque l'assenza, in entrambi i casi, di un regime specifico per la recidiva e, anzi, il rinvio alla generale disciplina delle circostanze che ha rappresentato un primo sostegno alla tesi in questione.

Ma proprio l'imputazione soggettiva delle aggravanti ha finito per rappresentare un primo aspetto dell'istituto che è parso, così come è stato riformato, contrastante con il regime circostanziale, dal momento che parte della dottrina²⁰¹ ritiene non compatibile il criterio della conoscenza o conoscibilità delle circostanze con l'istituto della recidiva, la cui *ratio* aggravatrice si baserebbe su presupposti oggettivi, che rilevano a prescindere dal requisito dell'attribuzione personale. È stato tuttavia ribattuto a questa osservazione che la pretesa inconciliabilità della recidiva con il novellato secondo comma dell'art. 59 c.p. viene meno collocando l'istituto nella prospettiva della colpevolezza per il fatto, dando quindi al parametro di imputazione soggettiva una lettura nei termini delle necessità che il reo abbia commesso il nuovo reato possedendo o potendo avere memoria della precedente condanna²⁰².

L'aspetto della recidiva riformata che ha destato maggiori dubbi di compatibilità con la pretesa natura circostanziale è rappresentato invece dal regime di applicazione facoltativa dell'aggravamento della pena. Le caratteristiche essenziali riferibili alla categoria delle circostanze proprie sono ritenute la tipicità nella struttura e l'obbligatorietà nell'applicazione: conseguentemente il regime discrezionale della recidiva avvalorerebbe la tesi della sua classificazione come indice di commisurazione della pena, analogo a quelli di cui all'art. 133 c.p. I sostenitori di tale orientamento interpretativo propongono argomenti che muovono dalla caratteristica propria delle circostanze di produrre obbligatoriamente effetti una volta ritenute e, per questo

²⁰⁰ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 63.

²⁰¹ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. 425.

²⁰² AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 71.

motivo, segnalano l'evidenza dell'eterogeneità della recidiva²⁰³. È stato tuttavia opposta a tale tesi l'osservazione che l'ordinamento prevede alcune ipotesi di circostanze rimesse per la loro concreta determinazione al potere discrezionale del giudice, nella fattispecie le c.d. circostanze indefinite, per le quali la legge non descrive i dati circostanziali ai quali è collegato l'elemento di valore o di disvalore che importa la variazione di pena²⁰⁴. Vengono quindi utilizzate in questa sede le argomentazioni adottate per giustificare la suddetta controversa categoria, basate sulla tesi per cui la tipicità non deve essere necessariamente intesa come un requisito essenziale per le circostanze in senso tecnico, né dal punto di vista costituzionale, né dal punto di vista logico-funzionale, operando inoltre un richiamo agli artt. 62 *bis*, 114 e 117 c.p., riconducibili sicuramente alla categoria delle circostanze proprie seppur connotate da espressioni legislative generiche che rimettono al giudice l'individuazione e la valutazione degli estremi fattuali del caso concreto eventualmente significativi ai fini della valutazione della pena. Con ciò non si è intesa dimostrare un'assimilazione della recidiva alle circostanze indefinite, dal momento che relativamente alla prima non viene attribuito al giudice il compito di individuare il significato proprio del fattore aggravante, bensì evidenziare che se il particolare regime di discrezionalità non costituisce una condizione ostativa alla qualificazione circostanziale in ordine alle ipotesi di circostanze indefinite, il medesimo risultato dovrà essere raggiunto anche in merito alla recidiva²⁰⁵.

È stata infine elaborata in dottrina un'ulteriore ricostruzione secondo cui il giudizio *ex art.* 99 c.p. si fonderebbe su una previsione di "equiprobabilità" tra future

²⁰³ Emblematiche di questo indirizzo sono le affermazioni di NUVOLONE P., *Il sistema*, *op. cit.*, p. 337: "La nuova impostazione legislativa rafforza indubbiamente la tesi secondo la quale alla recidiva non può essere attribuito il carattere di circostanza, nonostante le classificazioni legislative, che, d'altronde, non sono vincolanti. All'osservazione di base, per cui appare arduo, dal punto di vista concettuale considerare circostanza del fatto una condizione personale del soggetto derivante dall'esistenza di una precedente condanna per un fatto diverso, si aggiunge ora l'argomento derivante dall'assoluta facoltatività della recidiva. Le circostanze aggravanti possono essere ritenute o non ritenute, ma sempre sul fondamento di una valutazione dei fatti concreti a seconda che essi si inquadrino nella fattispecie legale, rigida od elastica che sia. Ma il fatto (recidiva) esiste: solo che il giudice è libero di applicare o di non applicare l'aumento. Ciò contrasta con la natura di circostanza: le circostanze, una volta ritenute devono obbligatoriamente produrre conseguenze giuridiche sulla pena, salvo gli effetti del giudizio di prevalenza o di equivalenza. [...] A nostro avviso, l'aumento di pena per la recidiva, ove il giudice ritenga di applicarlo, è sottratto al gioco della prevalenza o dell'equivalenza ed opera sulla pena già determinata in base al fatto circostanziato". Nel medesimo senso anche MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 643.

²⁰⁴ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 68.

²⁰⁵ AMBROSETTI E., *op. cit.*, p. 70. In tal senso anche DASSANO F., *op. cit.*, p. 132, che sottolinea che dal regime di obbligatorietà o meno della recidiva non si possono trarre conseguenze univoche sulla sua natura giuridica, e GUERRINI F., *op. cit.*, p. 41.

condotte alternative, quando cioè non vi è alcuna apparente ragione per la quale una di esse debba risultare attesa a preferenza delle altre, e dunque su uno status di “pre-pericolosità”, presente nelle situazioni in cui non si sia manifestata compiutamente la pericolosità del soggetto²⁰⁶. L'autore conseguentemente nega alla recidiva la natura di circostanza, ravvisando una sostanziale differenza di funzioni tra le due figure, e dunque la possibilità che essa influenzi la definizione della pena e la graduazione della colpevolezza²⁰⁷. L'istituto viene inquadrato nella sfera della prevenzione, ma allo stesso tempo non sussisterebbero ostacoli ad inserirlo nella dimensione della colpevolezza in virtù della natura polidimensionale della pena, al fine di «consentire un ulteriore evolversi del concetto di colpevolezza, in cui superati gli stretti limiti dogmatici della retribuzione, potrebbero unificarsi tutti gli elementi di giudizio di modo che essa venisse a costituire il vero fondamento della pena»²⁰⁸.

La problematicità dell'istituto e del suo inquadramento dogmatico sono stati posti in rilievo già dalla dottrina più risalente²⁰⁹ ma le difficoltà si sono andate accentuando in seguito alla stratificazione legislativa degli interventi riformatori, mantenendo dunque costante nel tempo l'ambiguità essenziale dell'istituto e il carattere bidimensionale della sua fisionomia.

²⁰⁶ GUERRINI F., *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁷ “La recidiva deve essere sottratta al giudizio di comparazione tra «circostanze» previsto dall'art. 69 c.p. Se la recidiva infatti è destinata a prevenire uno «status» di pre-pericolosità del colpevole non può operare nella determinazione della pena in concreto sullo stesso piano e con gli stessi effetti degli elementi tipicizzanti della fattispecie concreta e che concorrono a stabilire la graduazione della «colpevolezza»”.

²⁰⁸ GUERRINI F., *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁹ CARRARA F., *op. cit.*, p. 127.

CAPITOLO II

L'ASSETTO ATTUALE DELLA RECIDIVA IN SEGUITO ALLA L.251/2005

SOMMARIO: 1. La recidiva nell'ambito dei progetti di riforma del codice penale. – 2. Lo spirito della legge “*ex Cirielli*” e l'influenza della normativa statunitense c.d. “*three strikes and you're out*”. – 3. La nuova configurazione dell'istituto. – a) La recidiva semplice. – b) Le ipotesi di recidiva aggravata e pluriaggravata. – c) La recidiva reiterata. – d) La recidiva obbligatoria. – e) Il limite agli aumenti di pena. – 3.1. Il limite dei delitti “non colposi”. – 4. Facoltatività e obbligatorietà nella nuova disciplina e la discrezionalità del giudice. – 4.1. I problemi sollevati dall'ipotesi di recidiva reiterata e le soluzioni giurisprudenziali. – 4.2. La recidiva obbligatoria *ex art. 99 comma 5 c.p.* – 5. Rapporti con altre previsioni. – 5.1. Il concorso formale e il reato continuato. – 5.2. La prescrizione. – 5.3. Il “patteggiamento allargato”. – 6. Recidiva ed esecuzione della pena. – 6.1. Il divieto della sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi *ex art. 656 comma 9 c.p.p.* – 6.2. La disciplina restrittiva per l'accesso alle misure alternative alla detenzione. – a) I nuovi limiti di cui all'art. 58 *quater* ord. pen. – b) Detenzione domiciliare. – c) Semilibertà. – 6.3. Il nuovo regime dei permessi premio per i recidivi reiterati.

1. La recidiva nell'ambito dei progetti di riforma del codice penale.

Dall'entrata in vigore del codice Rocco si è provveduto ad adeguare il complesso della normativa penale alle esigenze politico-criminali dei differenti contesti storici e sociali attraverso interventi legislativi e giurisprudenziali su punti qualificanti dell'ordinamento. Accanto ai realizzati interventi settoriali si sono succeduti un certo numero di progetti di riforma dell'intero codice penale, o della sola parte generale, che si sono in particolar modo concentrati a partire all'incirca dai primi anni Novanta. Uno dei settori di principale intervento da parte di tali progetti di riforma ha riguardato i profili sanzionatori e la determinazione in concreto delle pene, al fine di ridurre la portata della discrezionalità giudiziale nelle operazioni di commisurazione, nell'ottica di salvaguardare il principio di certezza della pena mediante interventi sulla parte generale volti a realizzare una base di partenza razionale sulla quale poi costruire le singole cornici edittali. Le alterne vicende delle intenzioni legislative in esame si riflettono sulla materia dell'istituto della recidiva e nell'indirizzo adottato dai progetti relativamente a tale istituto può essere rinvenuto

una sorta di antecedente della radicale riforma della recidiva operata dalla l. 251/2005.

Relativamente alla recidiva, infatti, anche i progetti prendono le mosse da sollecitazioni che venivano dal mondo della politica, studiosi ed esperti in ordine al recupero di un grado di maggiore effettività per la disciplina²¹⁰. L'esigenza di un maggiore rigore nei confronti dei recidivi si manifesta a seguito delle numerose riforme stratificatesi nel tempo sull'impianto originario del codice Rocco, che per ovviare alla ritenuta eccessiva e ormai superata severità hanno però condotto a un'eccessiva mitezza della risposta penale sul piano sanzionatorio e hanno prodotto una diffusa sensazione di insicurezza relativamente alla certezza della pena e di tendenza all'indulgenzialismo. Dai lavori realizzati dalle commissioni emerge dunque l'intenzione di correggere il contenuto di alcune riforme e, almeno per certi aspetti, tornare alla situazione previgente, ponendosi ad esempio in netta controtendenza con il d.l. 11 aprile 1974, n. 99, ritenuta da parte della dottrina «la riforma più profonda subita dal codice Rocco in oltre settanta anni»²¹¹. La novella del 1974 ha rappresentato un forte ridimensionamento del rigore del codice del 1930, assegnando ai giudici maggiori momenti di discrezionalità nei confronti dell'autore del reato e indebolendo il carattere cogente delle previsioni legislative in ambito edittale²¹², a partire da ciò le istanze di riforma hanno tendenzialmente inteso «ricostruire sul presupposto di un razionale riassetto delle pene edittali un rapporto equilibrato fra

²¹⁰ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, 2006, p. 175.

²¹¹ VASSALLI G., *Riforma del Codice Penale: se, come e quando*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2002, p. 12. L'autore dopo un riepilogo delle profonde trasformazioni operate dalla novella riguardo la facoltatività degli aumenti di pena per la recidiva, la sospensione condizionale della pena, il sistema delle circostanze del reato e il giudizio di comparazione, il concorso formale di reati, la continuazione eterogenea, nonché i riflessi in materia di prescrizione del reato, afferma che «il rigore, indubbiamente duro, del codice Rocco ne venne travolto dalle fondamenta e per rimuovere eccessi di pena si passò alla possibilità, largamente usata, di eccessi di mitezza. [...] Nella riforma del 1974 è indubbiamente da ravvisare una delle cause della insoddisfazione determinatasi in notevole parte dell'opinione pubblica sulla asserita eccessiva mitezza della reazione penale e sulla stessa certezza della pena». Il medesimo autore si esprime poi nei termini di «una marcia all'indietro su alcune di queste riforme» relativamente al progetto di riforma presentato dalla Commissione Grosso. La stessa lettura delle elaborazioni di riforma del codice penale è proposta in MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., p. 175.

²¹² DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003. L'autore prosegue «ciò non ha significato - con tutte le eccezioni individuali lasciate alla coscienza del singolo giudicante - un'evoluzione del sistema sanzionatorio verso una più puntuale attenzione alla "persona" dell'autore. Tutt'altro. Salvi i casi più eclatanti di autori di reati classici e naturali, soprattutto recidivi, e salvo i casi delle emergenze e delle tendenze punitive via via orientate dai riflettori dei mass-media verso i tipi di autore-sinonimo del fatto (...), per il resto l'attenzione all'autore-persona è estremamente casuale e variabile. L'appiattimento della prassi e la scarsa scientificità degli strumenti conoscitivi disponibili, uniti all'effettiva assenza di sapere circa la persona degli autori dei fatti accertati ha determinato, per effetto di un doveroso contenimento dei minimi edittali spesso troppo alti, un esercizio della discrezionalità commisurativa indulgenziale o quantomeno approssimativo e standardizzato verso i minimi edittali».

vincolo legale e discrezionalità giudiziale e di assicurare la coerenza delle scelte sanzionatorie rispetto alle funzioni del sistema penale»²¹³ senza tuttavia cancellarne gli effetti positivi.

Nello stesso periodo in cui vedeva la luce il nuovo codice di procedura penale, il Ministro di Grazia e Giustizia Vassalli istituì nel 1988 una commissione presieduta dal prof. Pagliaro incaricata di redigere uno schema di legge delega da sottoporre successivamente al Parlamento al fine di emanare un nuovo codice penale, sia nella parte generale che in quella speciale. In questa sede la recidiva è disciplinata come una circostanza aggravante con effetti obbligatori, ma con l'esclusione della stessa quando i relativi presupposti fondanti non denotassero una più intensa colpevolezza²¹⁴. Appare dunque una configurazione obbligatoria, ma che al contempo conserva la natura sostanziale assunta a seguito della riforma del 1974, mediante la restrizione della rilevanza dal punto di vista temporale e con riferimento all'indole dei reati, con l'effetto inoltre di riportare la recidiva ad essere una circostanza di natura reale-repressiva ed il suo significato a rientrare compiutamente nell'ambito di un giudizio di colpevolezza²¹⁵. Il progetto Pagliaro opera inoltre la radicale scelta in materia di pericolosità sociale di limitare tale fattispecie ai soggetti totalmente non imputabili, da cui consegue la scomparsa della figura del delinquente per tendenza, e la recidiva, insieme alle forme di abitualità e professionalità, vengono giustificate, come circostanze, sulla base di una più intensa colpevolezza per il fatto. L'opera di quantificazione della pena è incentrata sul "disvalore complessivo del

²¹³ SEMINARA S.-PULITANÒ D.-PISA P., *Note sulla commisurazione della pena*, in *Per un nuovo codice penale*, a cura di C. F. GROSSO, Cedam, 2000, p. 239.

²¹⁴ Art. 21.2: "Prevedere quali circostanze aggravanti la recidiva, l'abitualità e la professionalità nel reato, subordinandole a limiti cronologici e alla medesima indole dei reati. Stabilirne l'esclusione, qualora i presupposti su cui si fondano non siano significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto." www.ristretti.it

²¹⁵ Dalla relazione allo Schema di disegno di legge delega: "E' da notare inoltre che, in armonia con la scelta di circoscrivere la rilevanza della pericolosità (ed il connesso apparato delle misure di sicurezza) ai soli soggetti non imputabili (art. 36), l'abitualità e la professionalità del reato sono stati concepite, al pari della recidiva, come circostanze aggravanti comuni (art. 21.2). La nuova dimensione non presenta tuttavia una mera consistenza "topografica". Inserite nell'orbita della pena (e vincolate dunque al rispetto del principio di colpevolezza), quelle che nell'attuale sistema delineano tipologie soggettive a carattere sintomatico-preventivo, si presentano come figure circostanziali di natura reale-repressiva: in questo senso è previsto che la loro rilevanza sia temporanea e subordinata alla medesima indole dei reati commessi. Questi requisiti riportano il significato delle circostanze al piano del giudizio di colpevolezza, e l'aggancio risulta sottolineato dalla loro esclusione qualora i presupposti su cui si fondano non esprimano una più intensa colpevolezza per il fatto commesso". www.ristretti.it

fatto”, pur se collocato nell’orbita della colpevolezza, considerando sussidiarie le esigenze di prevenzione speciale espresse dalla capacità a delinquere²¹⁶.

Quasi contemporaneamente a questa iniziativa di origine ministeriale se ne sviluppava un’altra in seno invece al Parlamento, consistente in un disegno di legge presentato al Senato nel 1995 dal Comitato per la riforma del codice penale diretto dall’on. Riz. Il progetto, che riguarda la sola parte generale del codice, prevedeva un vero e proprio ritorno all’originaria disciplina della recidiva contenuta nel codice Rocco, relativamente all’obbligatorietà della circostanza aggravante²¹⁷.

Nel 1998 fu istituita dal Ministero di Grazia e Giustizia una nuova commissione, presieduta dal prof. Grosso, che giunse a presentare al Ministro due successivi articolati per la riforma della parte generale del codice. Tra i temi portanti del progetto vi erano la riduzione dell’ambito di intervento del diritto penale e la definizione più tassativa degli istituti affidati alla discrezionalità giudiziale, in un’ottica di certezza. Per quanto riguarda la materia delle circostanze del reato il sistema proposto risulta più severo di quello introdotto nel 1974, dal momento che il bilanciamento nel caso di concorso tra circostanze eterogenee viene limitato alle circostanze comuni, per le quali la variazione della pena diventa fino a un quarto, e viene escluso per le circostanze ad effetto speciale, così come avveniva nell’originario codice Rocco. Per quanto attiene poi alla particolare materia della recidiva, come emerge da una prima relazione, la commissione si proponeva «la valorizzazione della recidiva, con la eliminazione della sua facoltatività, anche se accompagnata da un ridimensionamento dei suoi effetti e da una eventuale cancellazione della recidiva generica»²¹⁸. In effetti, anche in questo caso, viene ripristinata integralmente l’obbligatorietà dell’aumento di pena, pari a un quarto come tutte le circostanze ad

²¹⁶ Art. 39.1: “Stabilire che il giudice, nei limiti fissati dalla legge, applichi la pena discrezionalmente commisurandola secondo i fattori di gravità oggettiva (offesa, modalità della condotta) e soggettiva (intensità del dolo, grado della colpa, motivazione), tenendo conto del disvalore complessivo del fatto”. www.ristretti.it

²¹⁷ Art. 87 d.d.l. 2 agosto 1995, n. 2038: “*Chi, dopo essere stato condannato per un delitto, ne commette un altro, è sottoposto a un aumento a titolo di circostanza aggravante, fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.*

La pena è aumentata da un sesto fino a un terzo:

a) se il nuovo delitto è della stessa indole;

b) se il nuovo delitto è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;

c) se il nuovo delitto è stato commesso durante o dopo l’esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena.

La pena può essere aumentata fino alla metà qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al comma 2.

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”.

²¹⁸ Relazione del 15 luglio 1999. www.giustizia.it

effetto comune, e le ipotesi considerate si limitano alla recidiva semplice. Nella prima versione del progetto, era previsto l'aumento di pena per la recidiva infradecennale in caso di delitto, mentre nel caso di contravvenzioni era specificato il requisito della "stessa indole"²¹⁹. Nell'ultima versione del progetto viene introdotta la riduzione dei confini temporali della recidiva specifica a cinque anni per la rilevanza del reato commesso dopo la prima condanna e viene riformulata la norma a partire dai suggerimenti pervenuti dal dibattito intorno alla prima formulazione²²⁰.

Di poco successiva è poi la nomina nel 2001 di una nuova commissione, presieduta dal dott. Nordio, che nuovamente nell'ottica della residualità del diritto penale e dell'affermazione della certezza della pena e nell'ambito di un processo di depenalizzazione, si occupa della recidiva disegnando una circostanza aggravante obbligatoria che, una volta contestata, produce ulteriori effetti penali, come la preclusione dell'applicabilità della sospensione condizionale della pena, della fruibilità del perdono giudiziale e l'affidamento al servizio sociale. Differentemente dal precedente progetto di riforma, il progetto Nordio non prevede sbarramenti di tipo temporale né relativamente alla tipologia dei reati considerati, avvicinandosi in modo ancora maggiore all'originario codice Rocco, e contempla oltre l'ipotesi di recidiva semplice anche la recidiva aggravata, con aggravamento della pena rispettivamente da un sesto a un quarto e da un quarto fino a un terzo²²¹.

Infine, un'ulteriore proposta di legge delega per la riforma della parte generale del codice penale è stata presentata nel 2007 dalla commissione parlamentare presieduta dal prof. Pisapia, successivamente quindi all'entrata in vigore della nuova

²¹⁹ Tale previsione è criticata in DONINI M., *op.cit.*, p. 308. "Questa previsione, nell'ambito del Progetto Grosso, francamente, è incomprensibile, perché non si concilia né con la colpevolezza per il fatto, ma neppure con una prevenzione speciale negativa empiricamente collaudata. [...] Siamo qui al diritto penale della fedeltà o della pura difesa sociale, che nei delitti sanziona maggiormente e obbligatoriamente il tipo d'autore recidivo aspecifico oltre gli stessi limiti edittali, a prescindere da qualsiasi paradigma criminologico".

²²⁰ Art. 65 articolato 6 maggio 2001: "La pena è aumentata nei confronti di chi, dopo essere stato condannato, nei cinque anni successivi alla sentenza irrevocabile commette un reato della stessa indole.

Sono reati della stessa indole quelli che costituiscono violazione della medesima disposizione di legge, ovvero offendano il medesimo interesse, ovvero, per la natura dei fatti o dei motivi che li hanno determinati, presentano in concreto caratteri fondamentali comuni".

²²¹ Art. 87 lett. g: "Agli effetti della legge penale è recidivo chiunque, dopo aver riportato condanna per uno o più reati, ne commette uno o più altri. La recidiva può essere semplice o aggravata. La recidiva è aggravata quando:

1. il nuovo reato è commesso dopo più di una condanna;
2. il nuovo reato è commesso dopo una condanna per più reati in concorso materiale o in continuazione;
3. il nuovo reato è commesso nei cinque anni dalla condanna precedente ed è della stessa specie del delitto precedentemente commesso;
4. il nuovo reato è commesso durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena;
5. il condannato commette più reati in concorso materiale o in continuazione".

disciplina contenuta nella legge 251/2005. Ed è proprio soprattutto a partire dal severo regime introdotto dalla legge “*ex Cirielli*” che il progetto Pisapia si propone, relativamente all’ambito della recidiva, di rispondere alle esigenze di sicurezza in un modo differente, costruendo un istituto inquadrato sistematicamente tra le circostanze aggravanti comuni, di carattere obbligatorio, ma specifico (poiché interessa solo delitti della stessa indole), di rilevanza limitata temporalmente ai cinque anni successivi alla condanna precedente e ai delitti non colposi e per il quale sono previsti aumenti di pena, da un sesto a un quarto, più contenuti rispetto al riformato art. 99 c.p.²²²

In conclusione, i progetti di riforma del codice penale illustrati sono accomunati dall’intenzione di superare la tendenza delle precedenti riforme in materia sanzionatoria a consolidarsi su una mitezza ritenuta eccessiva e dunque dall’intenzione di recuperare l’effettività degli istituti e la certezza della pena, spesso realizzando una “marcia all’indietro” verso la configurazione originaria del codice Rocco. Per quanto riguarda la recidiva, si può affermare che tali elaborazioni costituiscono un primo tentativo di risposta alle stesse esigenze che hanno condotto alla riforma della disciplina operata nel 2005.

2. Lo spirito della legge “ex Cirielli” e l’influenza della normativa statunitense c.d. “three strikes and you’re out”.

La dottrina è concorde nel ritenere che la disciplina della recidiva possa costituire un buon punto di riferimento per osservare le svolte politico-criminali della legislazione penale, se infatti la riforma del 1974 può essere inquadrata in un’ottica di umanizzazione del diritto penale, realizzata mediante l’abolizione di alcuni automatismi presenti nel codice Rocco, la riforma operata dalla l. 251/2005, non a caso valutata nei termini di una “controriforma”, può essere letta come un tentativo di rispondere a un asserito aumento della criminalità, attraverso il ritorno a un’impostazione più marcatamente punitiva²²³. L’opinione che si era diffusa negli anni di applicazione concreta della novella del 1974 vedeva nell’ampio regime di

²²² Art. 19 comma 3 lett a: “Prevedere che la pena sia aumentata da un sesto a un quarto nei confronti di chi, dopo aver riportato una condanna per reato doloso, nei cinque anni successivi alla sentenza irrevocabile commette un reato doloso della stessa indole”.

²²³ AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 679.

discrezionalità lasciato al giudice, privo di un'adeguata previsione legislativa dei criteri in base ai quali compiere le valutazioni e di idonei strumenti di indagine conoscitiva al fine di eseguire le eventuali prognosi di recidiva, e nella connessa possibilità di includere la circostanza nel giudizio di bilanciamento con le attenuanti le cause di una progressiva perdita di effettività²²⁴ della recidiva, con ricadute negative in ordine alla percezione della certezza della pena e dal punto di vista della prevenzione generale.

Con la l. 251/2005 è così intervenuto il legislatore, reintroducendo parzialmente l'obbligatorietà della recidiva, originariamente prevista nel codice Rocco, e amplificandone gli effetti repressivi: fermi restando i numerosi aspetti già contemplati nell'ordinamento, vengono innalzati i livelli dell'aumento della pena e l'istituto *ex art. 99 c.p.* viene ad incidere anche nella concessione delle attenuanti generiche, nel giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti, nella determinazione del trattamento sanzionatorio nel reato continuato, nel computo del tempo necessario alla prescrizione e infine in sede di esecuzione e del trattamento penitenziario.

Come già rilevato, l'obiettivo del contenimento della discrezionalità giudiziale è stato perseguito dai principali progetti di riforma del codice penale che si sono susseguiti negli anni precedenti l'entrata in vigore della nuova disciplina, a partire dalla convinzione che porre delle limitazioni all'attività di valutazione del giudice permettesse di assicurare meglio la parità di trattamento. Nonostante sia quindi possibile affermare che la legge 251/2005 prenda forma all'esito di un dibattito avviato già da diversi anni, l'iter parlamentare di approvazione del testo della legge si è rivelato tutt'altro che lineare. La prima proposta di legge AC 2005, presentata alla Camera da alcuni Deputati, tra cui l'on. Cirielli, il 29 novembre 2001, aveva ad oggetto esclusivamente la riforma della disciplina della recidiva e muoveva dall'intento di contenere la discrezionalità giudiziale, in funzione del ripristino della piena operatività dell'istituto come elemento portante del sistema sanzionatorio²²⁵.

²²⁴ Relativamente alla possibilità di operare un bilanciamento tra aggravanti o recidiva e le circostanze attenuanti previste dagli artt. 62 e 62 *bis*, e la conseguente possibilità che queste ultime se non dichiarate equivalenti o subvalenti possano determinare la riduzione dell'intera pena, ad esempio Cass. Sez. III, 27 maggio 1998 (ric. Ribatti), in *Cass. pen.*, 2000, p. 1948; Cass. Sez. VI, 25 maggio 1993 (ric. Clerici), in *Cass. pen.*, 1994, p. 2982; Cass. Sez. IV, 25 giugno 1981 (ric. Revello), in *Giust. pen.*, 1982, II, p. 413.

²²⁵ Dalla Relazione alla proposta: "L'applicazione delle "attenuanti generiche", previste dall'articolo 62 *bis* del codice penale, è oggetto, oggi, delle più disparate ed insensate applicazioni, giustificate, sovente, con motivi risibili, se non fosse che a delinquenti incalliti autori di gravi reati vengono comminate lievi

Dalla Relazione alla proposta e dal dibattito parlamentare che ne ha accompagnato tutto l'iter, emerge come le critiche alla tendenziale disapplicazione giudiziaria della recidiva provenissero da forze politiche anche di schieramento diverso e dalla stessa opinione pubblica²²⁶. Il disegno di legge voleva correggere, in modo particolare, la novella varata dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99 ed il nuovo ordinamento penitenziario, introdotto dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 e rafforzato dalla c.d. legge Gozzini (l. 10 ottobre 1986, n. 663). In origine, dunque il disegno di legge Cirielli mirava a precludere le circostanze attenuanti generiche al recidivo e ai colpevoli di reati di elevato allarme sociale, a ristabilire l'obbligatorietà dell'aumento di pena, escludendo inoltre che la recidiva potesse prevalere *ex art. 69 c.p.* sulle circostanze attenuanti eventualmente concorrenti, a irrigidire la concessione di benefici penitenziari nei confronti dei recidivi reiterati, ma tuttavia non prevedeva ancora la definizione riduttiva dell'istituto limitata ai soli "delitti non colposi". Il ritorno al passato auspicato dalla prima versione del disegno di legge riguarda in modo particolare la funzione dell'istituto, che veniva ora inserito nel quadro di un diritto penale differenziato sulla base dell'accentuazione della dimensione soggettiva dell'illecito. Nel recidivo, quindi, si veniva a configurare un tipo di autore, il quale, come conseguenza della semplice qualificazione e in una prospettiva di presunta pericolosità soggettiva, risultava immeritevole di interventi clemenziali in fase commisurativa ed esecutiva.

Successivamente, in seguito a sostanziali emendamenti apportati nelle discussioni parlamentari, il disegno di legge assume un'altra fisionomia. Il testo approvato dalla Camera dei Deputati nel dicembre 2004 e poi modificato dal Senato nel luglio 2005 apportava alcune attenuazioni alla rigidità degli aumenti sanzionatori previsti dalla recidiva, ma soprattutto inseriva nel disegno rilevanti modifiche alla disciplina della prescrizione, con l'effetto di polarizzare l'attenzione dell'opinione

condanne. [...] Spesso i giudici sono schiacciati da questa discrezionalità e per non sembrare "cattivi" finiscono per stravolgere la portata della norma. Appare evidente, quindi, la necessità di intervenire sulla materia sia per adeguare la legge alle intenzioni del legislatore, evitando così, di fatto, interpretazioni ed applicazioni distorte, sia per contrastare l'aumento della criminalità."

²²⁶ MUSCATIELLO V. B., *op. cit.*, p. 110 nt. 93. La Relazione alla proposta, inoltre, conclude: "In sintesi, la presente proposta di legge, pur se in piena sintonia con l'articolo 27 del dettato costituzionale, che recita: "Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", prevede nei casi di recidività del reo un inasprimento del regime della pena e della concessione di misure alternative e di benefici, come richiesto dalla pubblica opinione e in conformità a quanto tutti gli schieramenti politici hanno promesso in campagna elettorale". Tuttavia si segnalano, nelle sedute successive (15 dicembre 2004), anche interventi contrari alla previsione di aumenti di pena automatici ed obbligatori da parte dell'on. Kessler e dell'on. Pisapia.

pubblica su quest'ultimo profilo della futura legge e di determinare la revoca della sottoscrizione da parte del suo primo proponente. Ferma restando l'incidenza della recidiva sull'irrigidimento della disciplina penitenziaria, la nozione di recidiva ed il suo raggio d'azione venivano circoscritti, con il risultato di far perdere di rilevanza alla commissione di reati colposi, si accentuava inoltre l'efficacia aggravante della ricaduta nel reato e, d'altro canto, si ripristinava la discrezionalità dell'aumento di pena per le ipotesi di recidiva semplice ed aggravata²²⁷. A rafforzare l'idea di una tendenza verso un diritto penale d'autore si è posta dunque la riforma della prescrizione: la connessione normativa²²⁸ tra i due istituti ha condotto la recidiva ad influenzare un istituto dalle radici marcatamente oggettive, in quanto costruito sul decorso del tempo e sul conseguente "diritto all'oblio".

Su queste basi e dopo ulteriori passaggi parlamentari, il testo viene definitivamente approvato dal Senato il 29 novembre 2005, dando forma all'istituto a partire da una concezione sintomatica della ricaduta nel reato a cui conseguentemente far corrispondere un inasprimento sanzionatorio da più punti di vista. Un'ulteriore efficacia repressiva grava sulla figura del recidivo reiterato, al quale vengono addebitate, oltre a un incremento della risposta sanzionatoria, significative restrizioni degli istituti a base discrezionale, condizioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari e la dilazione dei tempi necessari alla prescrizione.

La dottrina italiana²²⁹ ha diffusamente rilevato come la riforma del 2005 della recidiva racchiuda in sé numerosi elementi dell'ideologia punitiva statunitense in tema

²²⁷ Nella proposta AC 2055 l'art. 99 c.p. prevedeva al primo comma che "*Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, è sottoposto ad un aumento di un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato*" e nei casi di recidiva aggravata "*la pena è aumentata di un terzo*". Nel testo della proposta 2055-B, così come risultante a luglio 2005, è possibile notare che relativamente alla recidiva semplice sia stata aggiunta una limitazione alla categoria dei delitti, sia stata ripristinata la discrezionalità nell'applicazione dell'aggravante e sia stato innalzato il margine del possibile aggravamento della pena ("*Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo*") e che i medesimi interventi sono stati applicati alla recidiva aggravata, nel qual caso "*La pena può essere aumentata fino alla metà*". Nella proposta 2055-B, inoltre, viene aggiunta all'art. 99 c.p. al quinto comma un'ipotesi di recidiva obbligatoria.

²²⁸ Relativamente alla prescrizione il disegno di legge prevedeva che ai fini del computo necessario a prescrivere non si tenesse conto delle attenuanti e delle aggravanti, salvo che non si trattasse di circostanze aggravanti a effetto speciale. Inoltre, le cause di sospensione e interruzione potevano comportare l'aumento del tempo necessario a prescrivere in misura non superiore a un quarto, fatta eccezione per i casi di recidiva aggravata e reiterata, di abitualità e professionalità nel reato nonché per i reati previsti dal comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p., in relazione ai quali il termine prescrizionale aumentava rispettivamente della metà, di due terzi e del doppio (art. 6).

²²⁹ Ad esempio, DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 832; GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio editore, 2007; PAVARINI M., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina*

di risposta al fenomeno del *recidivism*, concretizzata a partire dagli anni Novanta con le c.d. leggi “*three strikes and you’re out*”²³⁰. Storicamente la disciplina del *recidivism* negli Stati Uniti è sempre stata regolata da provvedimenti legislativi scritti, contraddistinti da una particolare severità sul piano processuale e su quello sanzionatorio²³¹; nel 1993 è stata invece approvata la prima legge del tipo *three strikes and you’re out* e nei due anni successivi provvedimenti di questo tipo si sono diffusi in altri ventisette ordinamenti statali e nell’ordinamento federale. Le leggi differiscono tra loro per molteplici aspetti, ad esempio nell’individuazione dei precedenti rilevanti e nel numero di condanne necessarie a determinare gli effetti peculiari dei provvedimenti, ma il fondamento politico-criminale è stato ritenuto il medesimo: attribuire alla pena detentiva di lunghissima durata una funzione prevalentemente di neutralizzazione, a carico di un ristretto gruppo di delinquenti all’interno della società ritenuti pericolosi e incorreggibili, autori in particolare di reati violenti, nonché, in seconda battuta, una finalità di deterrenza²³².

Il solo Stato nel quale è stato possibile osservare un certo impatto di tali leggi è la California, in ragione anche di alcune peculiarità²³³. La legge californiana si applica a chi, avendo uno o due precedenti per un reato rientrante in un insieme molto eterogeneo di delitti “gravi” o “violenti”, riporta una successiva condanna per un qualsiasi reato punito con la reclusione non inferiore a un anno da eseguirsi in un

della recidiva e altro ancora sulla guerra alle “Unpersonen”, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, n.2, p. 7; AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 679; DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 521.

²³⁰ Una conferma dell’esistenza di un nesso tra le normative viene da un intervento del Ministro della Giustizia Castelli nel corso della seduta del 15 dicembre 2004, durante la discussione del disegno di legge, il quale rivolge ad alcuni parlamentari l’invito a “abbandonare i vaticini e adottare il metodo galileiano basato sull’esperienza, che regge il mondo moderno, desidero precisare che la disposizione è mutuata dal sistema degli Stati Uniti (esiste, quindi, un’esperienza pregressa, un’esperienza reale sulla quale possiamo basarci per verificare la bontà delle misure che intendiamo introdurre e per fare previsioni fondate su dati di fatto). Gli Stati Uniti hanno applicato la politica che loro chiamano dello *strike*. [...] Cos’è accaduto? A seguito dell’applicazione di una norma analoga a quella che vogliamo introdurre mediante l’emendamento 3.40 del Governo (successivamente, specificherò in quale modo quest’ultimo si rifaccia alla normativa statunitense), il numero dei delitti commessi negli Stati Uniti è drammaticamente crollato. Quindi, noi riteniamo che si potrà ottenere una significativa diminuzione dei delitti. [...] Dunque, sulla base delle esperienze di altri paesi simili ai nostri, sappiamo che questa norma funzionerà”.

²³¹ AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 154.

²³² DELLA BELLA A., cit., p. 835.

²³³ Infatti, da un lato si è rilevato che le stesse dimensioni dello Stato comportano che le politiche rigoristiche siano destinate ad avere un riscontro significativo in numeri assoluti, ma anche strettamente dal punto di vista della stessa legge si è osservato che l’ambito operativo della norma è molto ampio, poiché a differenza di molte altre leggi analoghe, non limita l’applicabilità delle previsioni ai soli autori di reati violenti, e inoltre colpisce i recidivi al secondo o terzo *strike*, qualunque sia il tipo di delitto per cui sia intervenuta la condanna. DELLA BELLA A., cit., p. 836.

istituto penitenziario statale. Dal punto di vista sanzionatorio, il secondo *strike* comporta una pena detentiva pari al doppio della pena prevista dalla legge per il reato commesso, il terzo *strike* invece comporta “l’eliminazione” (“*you’re out*”), ossia una pena indeterminata nel massimo ma non inferiore nel minimo a 25 anni; dal punto di vista dell’esecuzione, la legge prevede che le pene detentive comminate per il secondo e terzo *strike* siano obbligatoriamente eseguite in forma intra-muraria in un istituto penitenziario statale e che non sia possibile concedere la misura sospensiva del *probation*.

Ne risulta quindi una legge con un ambito operativo particolarmente esteso e caratterizzata da pene detentive di lunghissima durata non proporzionate alla gravità del fatto, bensì legate alle caratteristiche soggettive dell’autore. Il legame tra la pena e il parametro della gravità del reato diventa inesistente in modo particolare per il terzo *strike*, quando un reato di natura bagatellare e un reato di grave entità risultano soggetti allo stesso trattamento sanzionatorio, e, inoltre, emerge che l’entità della pena varia notevolmente a seconda della successione con cui i reati sono commessi dando luogo a degli effetti casuali²³⁴. Dall’analisi²³⁵ svolta alla luce di dieci anni di prassi applicativa delle leggi *three strikes* è stato possibile rilevare che a gravare sul sistema penitenziario non è stato tanto il numero delle applicazioni, quanto l’effetto conseguente al cumulo del flusso continuo di condanne a pene detentive di lunghissima durata e invece, dal punto di vista della tipologia dei condannati, il costante tasso di discrezionalità si è tradotto in un’applicazione “a macchia di leopardo”, “socialmente orientata” verso le fasce marginali della popolazione e che ha finito per colpire prevalentemente reati non di tipo violento. Dal punto di vista della riduzione della criminalità, il calo del tasso della criminalità in California è stato ricondotto ad una più generica tendenza di riduzione della criminalità negli Stati Uniti che aveva riguardato indistintamente gli ordinamenti dotati di leggi della tipologia *three strikes* e gli ordinamenti che non ne erano provvisti, determinata quindi secondo la dottrina da fattori estranei alle politiche penali²³⁶.

²³⁴ DELLA BELLA A., *cit.*, p. 848.

²³⁵ DELLA BELLA A., *cit.*, p. 851.

²³⁶ In DOLCINI E., *La recidiva riformata*, *cit.*, p. 524 sono presi in considerazione altri studi empirici, i quali allo stesso modo hanno registrato che nei casi di più bassa applicazione di tali leggi, o negli Stati che non le adottano completamente, il decremento del tasso medio di criminalità è stato maggiore. L’autore conseguentemente conclude che “l’esperienza americana mostra che quelle leggi – mentre frenano, forse, alcune forme minori di criminalità, soprattutto la criminalità contro il patrimonio – non frenano affatto la commissione dei reati più gravi (omicidi e reati connotati da violenza alla persona).

È stata dunque ravvisata la possibilità di rinvenire alcune convergenze tra l'introduzione delle *three strikes laws* e la riforma della recidiva operata dalla l. 251/2005, innanzitutto dal punto di vista della genesi dei provvedimenti: entrambi infatti sembrano nascere principalmente dall'intenzione di dare risposta alle domande di sicurezza che provengono dalla collettività, emotivamente coinvolta dalla percezione di insufficienza di un sistema penitenziario ispirato a un modello rieducativo e di un indiscriminato permissivismo da parte dei giudici, nonché dalla prospettiva di una presunta "emergenza" criminale²³⁷. L'ulteriore, e conseguente, elemento di analogia si rinviene nel fondamento politico-criminale che, nell'ambito delle linee di politica penale dei due ordinamenti, sorregge l'inasprimento sanzionatorio per la reiterazione criminosa, ossia l'individuazione di un gruppo di soggetti, nella fattispecie i recidivi reiterati, ritenuti pericolosi e incorreggibili, che viene connotato negativamente al punto da essere oggetto di un diritto selettivamente differenziato ispirato prevalentemente alla logica della neutralizzazione²³⁸.

Se, dunque, la risposta alle esigenze di contrastare nuove forme di criminalità si è realizzata nell'ordinamento statunitense attraverso delle leggi che al compimento del terzo reato pongono il reo al di fuori del normale sistema basato su un meccanismo di pena flessibile, improntando quindi la normativa ad un evidente rigore punitivo, è parso alla dottrina²³⁹ che in ambito italiano non fosse altrettanto possibile sostenere che si sia complessivamente operata un'effettiva e incondizionata opzione in favore dell'inflessibilità nei confronti dell'attività delinquenziale. Valutata complessivamente, infatti, la riforma del 2005 è apparsa caratterizzata da "due anime"²⁴⁰, nel senso che, dal punto di vista sostanziale, risulta composta da due leggi

Dove non sono rimaste sulla carta, le leggi dei 'tre colpi' producono guasti superiori ai benefici: guasti che si concretizzano in pene sproporzionate e ingiuste, nonché in un vistoso incremento della popolazione carceraria".

²³⁷ DELLA BELLA A., *cit.*, p. 860; AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, *cit.*, p. 679.

²³⁸ PAVARINI M., *op. cit.*, p. 12; DELLA BELLA A., *cit.*, p. 862; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 33, secondo il quale nel recidivo reiterato il legislatore ha individuato "un nemico pericoloso da isolare e da abbattere". A seguito di una dettagliata analisi della complessità del modello americano, in GRANDE E., *op. cit.*, p. 145 si evidenzia come la legge *ex Cirielli* si ponga, con i dovuti limiti, nel solco del diritto penale che finalizza la sanzione alla neutralizzazione e all'inabilitazione. "Calandosi in un contesto di accoglimento, sia pur meramente teorico, di una filosofia rieducativa dello strumento penale, la legge *ex Cirielli* ne scalta oggi le stesse radici ideali, per allinearsi sulle posizioni dominanti di repressione e di pura esclusione del condannato".

²³⁹ AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, *cit.*, p. 680.

²⁴⁰ ; CIPOLLA P., *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, 2009, p. 1185; DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corriere del merito*, 2006, l'autore inoltre rinvia le ragioni dell'unificazione in un solo provvedimento nella "ricerca di un punto di incontro all'interno

diverse, una in materia di recidiva e una in materia di prescrizione, riunite in un solo provvedimento pur presentando oggetti differenti e, soprattutto, logiche sottostanti essenzialmente antitetiche. La riforma presenta una prima natura di tipo repressivo, che si manifesta nelle norme volte all'inasprimento del sistema penale con particolare riferimento alla recidiva, alla quale in ottica rigorista si collegano maggiori aumenti di pena e ulteriori limitazioni all'applicazione di altri istituti di diritto penale sostanziale e processuale, e una seconda natura ispirata ad una *ratio* garantista, che si estrinseca nelle norme che hanno abbreviato i termini della prescrizione per gravi reati. Parte della dottrina²⁴¹ ha rinvenuto un elemento di contraddittorietà anche a livello di politica penale complessiva del legislatore osservando che, accanto alla legge *ex* Cirielli e al suo intento originario, si è collocato, oltre al nuovo regime della prescrizione che «rende ancora più inefficace la risposta punitiva contro alcune forme di criminalità, quali – a mero titolo esemplificativo – quelle connesse ai reati contro la pubblica amministrazione o ai delitti societari e tributari», la scelta del Parlamento di concedere, solo un anno dopo la radicale riforma contro la recidiva, un indulto²⁴² per le condanne a pena detentiva fino a tre anni senza prevedere alcuna preclusione soggettiva neppure per i recidivi reiterati e specifici.

Un primo ordine di critiche²⁴³ alla legge 251/2005, infatti, verte sulle modalità in cui il legislatore ha portato a termine l'intervento riformatore, riscontrandosi un'impostazione di fondo di stampo nuovamente novellistico e frammentario, slegato da un'ottica di sistema. Il provvedimento ha dunque finito per limitarsi ad operare dei rimaneggiamenti dell'assetto esistente della disciplina, già risultato di un «pendolarismo figlio delle mutevoli sensibilità, delle diverse ideologie e talora persino dell'esigenza di rispondere a ritenute, contingenti domande di giustizia o semplicemente di sicurezza»²⁴⁴, contrariamente alle aspettative avanzate dalla dottrina che avrebbe preferito un intervento da parte del legislatore volto a risolvere i nodi problematici dell'istituto, tenendo in conto di agire in un campo che coinvolge tutto

della maggioranza parlamentare: parte di quella maggioranza caldeggiava l'intervento sulla recidiva, mentre appariva riluttante a votare la nuova disciplina della prescrizione; altra parte della maggioranza appariva interessata soprattutto al tema della prescrizione del reato”.

²⁴¹ AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 681.

²⁴² L. 31 luglio 2006, n. 41.

²⁴³ AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 681; MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2006, p. 1061; FRIGO G., *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 52; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 32.

²⁴⁴ FRIGO G., *op. cit.*, p. 52.

il sistema e sul quale quindi non era possibile agire solo «con logica uguale e contraria a quella adottata nel '74, in modo settoriale e frammentario»²⁴⁵.

Un secondo piano di critiche sposta l'attenzione dal livello formale a quello contenutistico della legge e si rivolge a quello che si sottolinea essere il vero fulcro della riforma, ossia la recidiva, nonostante le innovazioni in tema di prescrizione avessero avuto una maggiore risonanza. Oltre all'incoerenza emergente dall'accostamento di due provvedimenti mossi da una *ratio* differente, la legge *ex Cirielli* è stata fin dall'inizio interpretata come emblematica di un "diritto diseguale". A partire già dai progetti di legge, l'impostazione della riforma aveva incontrato perplessità trasversali da parte di studiosi, avvocati e magistrati²⁴⁶ dal momento che si intravedeva l'obiettivo di realizzare un diritto sostanziale e processuale differenziato nei confronti di coloro che, in virtù dei loro trascorsi delinquenti, sono ritenuti dal legislatore portatori di una particolare pericolosità sociale e di costruire, in modo particolare per quanto riguarda la figura del recidivo reiterato, una ipotesi di "tipo d'autore", con l'effetto di rimproverare il reo non tanto per il fatto compiuto quanto per la sua condotta di vita. Inoltre, l'applicazione del particolare trattamento di maggior rigore viene dal legislatore parzialmente sottratto alla discrezionalità del giudice, che in alcuni casi si troverebbe di fronte a presunzioni assolute di pericolosità sociale. La nuova disciplina della recidiva persiste nel conservare i caratteri di genericità e perpetuità, nel senso che qualunque delitto (non colposo) può fondarla ed esprimerla, indipendentemente da qualsivoglia intervallo cronologico nell'ambito della vita del colpevole, e abbina a tali aspetti delle ipotesi di obbligatorietà in cui il trattamento di sfavore, che ricade su una molteplicità di istituti in aggiunta all'aumento della pena, deriva da prescrizioni fissate *a priori* dalla legge²⁴⁷.

²⁴⁵ MAMBRIANI A., *op. cit.*, p. 1062. Dello stesso tenore la valutazione in AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale, cit.*, p. 681, l'autore inoltre solleva un'ulteriore criticità, legata alla sussistenza nell'ordinamento della "figura del recidivo – per il quale è previsto un inasprimento della pena – quella del delinquente abituale e professionale, cui è riservato il doppio binario della pena e della misura di sicurezza. In altre parole, una riforma della recidiva avrebbe dovuto rappresentare l'occasione per una più generale "risistemazione" di tutte le tipologie, sia quelle di stampo repressivo - recidiva – sia quelle di stampo preventivo – delinquente abituale e professionale".

²⁴⁶ MARINUCCI G., *Certezza di impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Diritto penale e processo*, I, 2006, p. 172.

²⁴⁷ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni, cit.*, p. 34. L'autore inoltre afferma "ora assistiamo alla reintroduzione di presunzioni legali di pericolosità – di questo si tratta, non d'altro – che investono addirittura la pena e il trattamento penitenziario. La base di tali presunzioni poggia sulla genericità e sulla perpetuità delle condanne, di per sé sufficienti a determinare lo stato di recidivo reiterato. Si tratta di presunzioni capaci di superare il filtro dell'articolo 3 della Costituzione? Se la risposta dovesse essere positiva, dovremo (tristemente) concludere che nel nostro ordinamento si sono spalancate le

È stato inoltre osservato che una riforma che sposta l'attenzione normativa dal reato al reo, a prescindere dal concreto profilo oggettivo dei fatti per cui viene giudicato, verrebbe a determinare un contrasto con la stessa impostazione fondamentale del sistema penale basato "sul fatto", quindi fondato sui principi di offensività e materialità²⁴⁸.

Il sistema immaginato dalla legge *ex Cirielli* è parso dunque ingiustificatamente selettivo sulla base di aspettative di pericolosità sociale meramente soggettive e concentrate su una categoria di rei recidivi, tendenzialmente collocata nelle fasce marginali della società, i quali vengono inseriti in un circuito penale che ne assume l'irrecuperabilità e ne condiziona definitivamente la meritevolezza di un normale trattamento sanzionatorio. A questo proposito si è riscontrata un'ulteriore contraddizione interna al complesso della riforma, dal momento che la novellata disciplina della prescrizione, determinando la caduta in prescrizione di un cospicuo numero di delitti molto gravi, e quindi precludendone la pronuncia di una sentenza definitiva di condanna, rendeva anche impossibile nelle relative ipotesi la dichiarazione di recidiva²⁴⁹. Una logica, infatti, diversa²⁵⁰ ispira l'altro pilastro della nuova normativa introdotta dalla legge 251/2005, rispetto alla quale viene contestato prima di tutto il nesso funzionale instaurato tra la recidiva e la prescrizione, che finisce per trasportare il secondo istituto in una dimensione relativistica di stampo soggettivo, che accentua, in modo selettivo, l'interesse alla repressione di fatti anche

porte a un diritto penale d'autore a sfondo sintomatico-presuntivo". A tale domanda, come si dirà in seguito, ha dato una implicita risposta la Corte Costituzionale nel 2007.

²⁴⁸ DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, cit. Dello stesso avviso anche RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice penale*, 2007, p. 516. L'autore, riferendosi esplicitamente alla riformata disciplina della recidiva nei termini di diritto penale del "nemico", osserva che le ragioni della disparità di trattamento sanzionatorio imposta dalla legge 251/2005 siano irragionevoli "in quanto fondate sul mero *status* soggettivo dell'autore, sul *passato* dello stesso, e non già su circostanze oggettive del *fatto*". A maggior ragione anche dal momento che la definizione del recidivo reiterato come "delinquente-tipo", pur non poggiando su idonei riscontri empirici, "fonda una serie di automatismi sanzionatori che consentono di individuare, pur in assenza di un corrispondente *tipo criminologico*, un ben definito *tipo normativo*".

²⁴⁹ MARINUCCI G., *Certezza di impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, cit., p. 172. RICCARDI G., *op.cit.*, p. 531, il quale considera che "l'assetto normativo inaugurato dalla legge 251/2005 asseconda i canoni del diritto penale d'autore, anche perché, di fatto, conduce ad un trattamento sfavorevole la delinquenza c.d. da strada (si pensi al soggetto condannato per più fatti di furto di estrema esiguità), e ad un trattamento favorevole della delinquenza dei c.d. "colletti bianchi", categoria criminologica dotata di sperimentata affidabilità empirica; al riguardo, per esemplificare, basterebbe pensare a tutti gli autori di truffe, ovvero di reati contro la P.A. ovvero in materia economica, di regola "inseriti" nel contesto sociale, e non gravati da precedenti penale, che, con la nuova normativa, oltre a godere a priori di termini più brevi, difficilmente rischiano di entrare nel circuito penale, allorquando vengono prosciolti per prescrizione".

²⁵⁰ Secondo RICCARDI G., *op.cit.*, un diritto penale dell' "amico".

remoti nel tempo. In un quadro di generale riduzione dei termini di prescrizione, si sono sottolineati gli effetti distorsivi causati dalle ipotesi in cui i differenti aumenti dei suddetti termini, in caso di interruzione, derivano non tanto dalla gravità oggettiva del fatto, quanto dallo *status* soggettivo del delinquente. La disparità di previsioni in materia di termini di prescrizione appare arbitraria poiché l'effetto estintivo si fonda sull'oblio sociale dell'illecito, ossia la perdita di senso dell'infrazione di una pena rispetto alla comunità, e risultano dunque irrilevanti le potenzialità criminogene del soggetto, nonché in ragione del fatto che se l'intenzione del legislatore era di abbreviare i tempi della prescrizione a garanzia di un processo celere, e dunque dell'efficienza della giustizia penale, non è sembrato coerente e ragionevole che si rinunciasse a questo obiettivo in relazione alle sfere della criminalità connotate da un forte allarme sociale²⁵¹. Infine, allo scopo di rimarcare ancora una volta l'incongruenza, si è notato che, stante la disciplina differenziata dei termini della prescrizione, in presenza di interruzione o sospensione, nei casi di cui al secondo e quarto comma dell'art. 99 c.p., nelle ipotesi di concorso di persone il termine per l'estinzione del reato risulta ingiustificatamente variabile per ciascun soggetto concorrente sulla base delle rispettive situazioni personali²⁵².

Una risposta ad alcune delle critiche mosse dalla prevalente dottrina alla legge *ex Cirielli* è tuttavia venuta da chi ha ritenuto la riforma pienamente conforme alla Costituzione, in primo luogo in riferimento all'art. 27, sostenendo che non sussistesse un contrasto della nuova disciplina della recidiva con il principio di rieducazione del condannato, dal momento che l'aggravamento, in senso ampio, del trattamento sanzionatorio sarebbe stato sindacabile dalla Corte Costituzionale soltanto se fosse stato in assoluto contrasto con la finalità rieducativa, nonché dal punto di vista dell'intervento legislativo nel suo complesso, valutato positivamente sotto il profilo dell'efficienza e della ragionevolezza²⁵³.

²⁵¹ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 34; DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, cit.

²⁵² BATTISTA D., *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e giustizia*, 2005, p. 105.

²⁵³ SALERNO G. M., *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 50. "Ben difficilmente la Corte potrebbe spingersi a sanzionare una legge penale o processual-penalistica maggiormente restrittiva in quanto essa presumibilmente produrrebbe un incremento della popolazione carceraria ovvero determinerebbe un più ampio verificarsi del fenomeno della prescrizione a causa della cronica lentezza del processi".

3. La nuova configurazione dell'istituto.

L'impatto del trattamento sanzionatorio più severo immaginato dalla legge *ex Cirielli* in materia di recidiva emerge in primo luogo dall'art. 4²⁵⁴ della riforma del 2005, che riscrive in maniera profonda il contenuto dell'art. 99 del codice penale. Le più rilevanti novità introdotte riguardano l'aggravamento degli aumenti di pena, la limitazione della rilevanza della recidiva ai delitti dolosi e la reintroduzione di ipotesi di obbligatorietà. Inoltre, l'istituto mantiene i caratteri, non privi di problematicità, della genericità e della perpetuità.

a) La recidiva semplice.

Per quanto riguarda la recidiva semplice, disciplinata al comma 1, l'unico elemento di novità consiste nella variazione del *quantum* degli effetti modificativi sulla pena: alla previgente possibilità di un aumento "elastico" fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato viene infatti sostituito un aumento in misura rigida pari ad un terzo della pena applicabile per il nuovo delitto non colposo. Resta dunque ferma la valutazione discrezionale, introdotta nel 1974, operata a monte dal giudice, il quale deve preventivamente stabilire se siano ravvisabili presupposti formali e sostanziali dell'aggravante.

b) Le ipotesi di recidiva aggravata e pluriaggravata.

Il comma secondo prevede le ipotesi di recidiva aggravata secondo la consueta articolazione nei casi di recidiva specifica, quando il nuovo delitto non

²⁵⁴ Art. 4: "Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.

La pena può essere aumentata fino alla metà:

- 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;
- 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
- 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà. Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.

Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.

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."

colposo commesso dal reo sia “della stessa indole”²⁵⁵ di quello per cui è intervenuta la condanna definitiva, recidiva infraquinquennale, nel caso in cui il nuovo delitto sia stato commesso entro cinque anni dalla condanna precedente²⁵⁶, e infine i casi in cui il nuovo delitto non colposo sia commesso durante o dopo l’esecuzione della pena ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della stessa. Anche in questo caso, dunque, l’unico elemento di novità apportato dalla riforma del 2005 consiste nell’aggravio degli effetti modificativi sulla pena, dal momento che l’originario aumento “elastico” fino a un terzo è sostituito dalla previsione di un aumento, pur sempre “elastico”, fino alla metà.

Questa semplice modifica però porta ad emergere una incongruenza se si confronta l’ipotesi di cui al primo comma e quella al secondo comma: in entrambi i casi, infatti, il riconoscimento della recidiva non è stato reso obbligatorio, ma nell’ipotesi meno grave di recidiva semplice è preclusa al giudice qualsiasi valutazione discrezionale in ordine alla commisurazione dell’aumento della pena, dal momento che esso è stabilito in misura rigida dalla legge, mentre nella più grave ipotesi della recidiva aggravata è riconosciuto al giudice il potere discrezionale di spaziare, per la determinazione dell’aumento, da un minimo di un giorno al massimo della metà della

²⁵⁵ Il riferimento è all’art. 101 c.p., la cui nozione presenta dei margini di incertezza su cui solo in parte è intervenuta la riforma del 2005, che avendo ristretto la recidiva ai soli delitti non colposi ha ridotto i margini di indeterminatezza che potevano sorgere nei giudizi di medesimezza dell’indole fra un delitto doloso ed uno colposo ovvero fra un delitto e una contravvenzione. In BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1139 si conclude: “Attualmente, dunque, si tratta di accertare la stessa indole fra delitti non colposi, che violano disposizioni diverse, siano esse del codice, di una legge speciale o di diverse leggi speciali, secondo un giudizio in concreto, lasciato cioè alla discrezionalità del giudice, sulla base di uno o più caratteri fondamentalmente comuni”.

Sul punto la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione si è espressa nel senso che non si ritiene possibile censurare in sede di legittimità la valutazione discrezionale del giudice di merito circa l’esistenza o meno dell’omogeneità tra fatti pregressi e reato di cui si deve giudicare, ai fini del riconoscimento della recidiva specifica, a condizione che questa sia adeguatamente motivata. Il riferimento corre alla sentenza Cass. Sez. III, 16 dicembre 2010, n. 11954: “Più reati possono considerarsi appartenenti alla medesima categoria o per la rilevata comunanza dei caratteri fondamentali quando siano simili le circostanze oggettive nelle quali essi siano stati posti in essere ovvero quando le condizioni di ambiente o di persona nelle quali sono state compiute le azioni presentino aspetti che rendano evidente l’inclinazione verso un’identica tipologia criminosa, ovvero quando le modalità di esecuzione, gli espedienti adottati o le modalità di aggressione dell’altrui diritto rivelino una propensione verso la medesima tecnica delittuosa. È quindi doverosa una specifica indagine rimessa alla valutazione discrezionale del giudice e non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata, finalizzata alla individuazione ovvero alla esclusione dei caratteri anzidetti.”

²⁵⁶ È stato osservato questa particolare ipotesi di recidiva aggravata costituirebbe una sorta di compromesso tra la nozione di recidiva a tempo indeterminato accolta dal codice penale ed una concezione a tempo determinato basata sulla convinzione che “le ragioni criminologiche alla base dell’aggravamento della pena per il recidivo vengano meno ove il periodo di tempo trascorso tra i vari reati commessi fosse troppo lungo”. DE MATTEIS L., *op. cit.*, p. 112 facendo riferimento a ROMANELLI A., *op. cit.*, c. 225.

pena inflitta. La nuova disciplina lascia così aperta la possibilità che in caso di recidiva aggravata il giudice operi un aumento di pena inferiore rispetto a quello imposto dalla legge per la recidiva semplice. Se da un lato si è ritenuto che il regime di facoltatività sia pacificamente compatibile con un meccanismo di limiti minimi indifferenziati e, di conseguenza, non essendo possibile escludere in astratto la plausibilità di una valutazione di minimo disvalore, non si è ritenuta sussistente l'esigenza di identificare in via ermeneutica un limite minimo²⁵⁷, da parte di altra dottrina è stata giudicata più corretta una ricostruzione della disciplina che tenga conto di un raccordo sistematico tra le varie ipotesi previste²⁵⁸. Tutti i casi di recidiva aggravata rappresenterebbero, secondo quest'ultima interpretazione, delle "figure speciali" della recidiva semplice, nel senso che pur mettendo in rilievo aspetti di particolare qualificazione presuppongono sempre l'integrazione della recidiva *ex* primo comma e, conseguentemente, è parso più razionale dal punto di vista sistematico ritenere che nel caso di recidiva aggravata la valutazione discrezionale del giudice debba operare a partire dal limite minimo di aggravamento pari a un terzo della pena previsto per la recidiva semplice. Del medesimo parere si è dimostrata la Corte di Cassazione, ravvisando nell'ipotesi contraria un profilo di illegittimità costituzionale per evidente irrazionalità²⁵⁹.

Il comma terzo disciplina la recidiva *pluriaggravata*, figura che si ravvisa quando il nuovo delitto non colposo integra congiuntamente più situazioni di recidiva aggravata rilevanti in relazione al secondo comma. In questo caso la legge *ex* Cirielli ha portato la modificazione della pena a un sensibile aggravamento, sostituendo il limite massimo modulabile fino a metà della sanzione con la misura fissa della metà, sottratta perciò alla valutazione discrezionale del giudice in merito al *quantum* dell'aumento.

²⁵⁷ PADOVANI T., *Commento all'art. 4, cit.*, p. 450. "Una recidiva aggravata infraquinquennale, ad esempio, può riferirsi ad un reato tanto sconnesso dal precedente, e tanto poco significativo nel definire una reiterazione criminosa riprovevole o pericolosa, da comportare un aumento di minima entità".

²⁵⁸ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina, cit.*, p. 179.

²⁵⁹ Cass. Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1861: "Si deduce che da una diversa interpretazione di tale disposto, nel senso che all'ipotesi di recidiva più grave possa corrispondere un aumento di pena inferiore a quello previsto per l'ipotesi di recidiva semplice, deriva la manifesta illegittimità costituzionale della norma per la sua evidente irrazionalità. [...] È evidente, pertanto, che la statuizione puntuale della misura dell'aumento di pena stabilito per la recidiva dalla norma attualmente vigente non possa essere interpretata altrimenti che quale volontà legislativa di escludere qualsiasi discrezionalità dell'organo giudicante nella determinazione della sua misura, fermo restando il potere di escludere la recidiva stessa".

c) *La recidiva reiterata.*

Al quarto comma è disciplinata la recidiva reiterata, configurabile quando il nuovo delitto non colposo è commesso da chi è già recidivo. Gli aumenti di pena vengono poi differenziati a seconda che la recidiva precedente fosse semplice o aggravata: nel primo caso la pena è aumentata della metà, nel secondo caso di due terzi. In particolare con riferimento a tale specifica ipotesi di recidiva sono stati sollevati dubbi dalla dottrina in merito a una sua ipotetica natura obbligatoria di cui si tratterà più dettagliatamente in seguito (si veda il par. 4.1). Dal punto di vista complessivo, la dottrina si è rivelata unanime nell'osservare che il legislatore del 2005 si sia dimostrato particolarmente rigoroso proprio nei confronti della figura della recidiva reiterata, ritagliando «una tipologia d'autore tale da giustificare, pur in un diritto penale del fatto, un regime sanzionatorio particolarmente severo, in risposta alla particolare colpevolezza e pericolosità del soggetto»²⁶⁰. Al recidivo reiterato²⁶¹ in uno dei delitti indicati dall'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. puniti con la reclusione non inferiore a cinque anni, infatti, vengono sostanzialmente precluse le circostanze attenuanti generiche, poiché la loro concessione non può basarsi né sulla minore intensità del dolo, né su parametri desunti dalla capacità a delinquere²⁶², e al recidivo reiterato in quanto tale è riservata una disciplina restrittiva del giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, dal momento che è sancito il divieto di prevalenza di eventuali attenuanti²⁶³. Inoltre, come si avrà modo di approfondire in seguito (si vedano i paragrafi 5 e 6 del presente capitolo), il recidivo reiterato subisce notevoli

²⁶⁰ BERTOLINO M., *op cit.*, p. 1142.

²⁶¹ La materia del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato e dei limiti al giudizio *ex art. 69 comma 4* è stata oggetto di interventi della Corte Costituzionale che ne hanno mutato la disciplina e di cui si tratterà al capitolo III.

²⁶² Il primo comma dell'art. 1 della legge 251/2005 prescrive «*Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62.*

Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.»

²⁶³ Art. 3 legge 251/2005: «*Il quarto comma dell'articolo 69 del codice penale è sostituito dal seguente: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.»»*

discriminazioni anche relativamente al regime sanzionatorio della continuazione e del concorso formale, in relazione al computo dei termini di prescrizione e, infine, nell'ambito delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari.

Questa forma di recidiva sembrerebbe in particolare rispondere al modello diagnostico-retributivo, in quanto il più severo trattamento sanzionatorio sarebbe giustificato dalla manifestazione di un grado di colpevolezza più intenso dal momento che il recidivo reiterato risulta insensibile a un doppio monito proveniente dall'ordinamento, il primo scaturente dalla condanna e il secondo dalla precedente dichiarazione di recidiva. Sul punto si osserva però un contrasto tra la dottrina e la giurisprudenza, la quale è orientata nel senso di ritenere che non sia necessario che il precedente stato di recidiva, semplice o aggravata, formi oggetto di un'apposita dichiarazione giudiziale. Secondo la costante interpretazione della Corte di Cassazione, precedente già alla riforma del 1974²⁶⁴, la recidiva reiterata è infatti configurabile anche nel caso in cui il reo sia stato condannato più volte con sentenza irrevocabile senza che la recidiva semplice sia stata giudizialmente dichiarata²⁶⁵. La dottrina, di contro, ha invece sottolineato l'insostenibilità dell'indirizzo giurisprudenziale, in modo particolare a fronte dell'introduzione della facoltatività della dichiarazione a seguito della riforma del 1974, sostenendo che la precedente dichiarazione di recidiva, o almeno il fatto che il giudice l'abbia ritenuta presente anche se in concreto questa non abbia sortito l'effetto di aumentare la pena, ad esempio per la prevalenza delle circostanze attenuanti in sede di bilanciamento *ex art.* 69 c.p., rappresenta un necessario presupposto formale della recidiva reiterata²⁶⁶.

²⁶⁴ Ad esempio Cass. Sez. IV, 28 settembre 1971 (ric. Marotta), in *Cass. Pen.*, 1972, p. 1276; Cass. Sez. V, 3 luglio 1972 (ric. Binelli), in *Cass. Pen.*, 1973, p. 1268. Successivamente alla riforma del 1974, Cass. Sez. III, 25 giugno 1993 (ric. Mighetto), in *Riv. Pen.*, 1994, p. 401 nella quale si richiama, sotto il profilo in discussione, la natura della recidiva di *status* soggettivo fondato sul dato oggettivo della previa condanna passata in giudicato.

²⁶⁵ L'orientamento è più recentemente confermato, ad esempio, in Cass. Sez. II, 7 maggio 2010 (ric. Arullani), n. 1870: "La recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice". Nello stesso senso, più ampiamente, Cass. Sez. I, 6 maggio 2003 (ric. Andreucci), in *Cass. Pen.*, 2004, III, p. 2019 "La circostanza che il comma 3 dell'art. 99 c.p., nel prevedere l'aumento di pena per effetto della recidiva reiterata, faccia riferimento al recidivo che commette un altro reato, non suffraga la tesi secondo cui in tanto la recidiva reiterata può essere contestata in quanto in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice. Infatti, dalla lettura della norma emerge evidente che il termine "recidivo" è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata".

²⁶⁶ ROMANO M., *op. cit.*, p. 97.

d) *La recidiva obbligatoria.*

Un elemento di forte novità rispetto al regime precedente, anche se spesso valutato dalla dottrina come un'innovazione «in senso involutivo»²⁶⁷, è rappresentato dall'introduzione al quinto comma di un'ipotesi di recidiva obbligatoria per il caso in cui il nuovo delitto non colposo rientri nell'elenco di delitti indicati all'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p., che seleziona un gruppo di reati caratterizzati dalla necessità di un accertamento complesso e dunque di una maggiore durata delle indagini preliminari²⁶⁸. Nel caso in cui si tratti di recidiva semplice l'aumento prescritto resta nei limiti di un terzo, se si tratta invece di recidiva aggravata l'aggravamento spazia da un terzo alla metà.

e) *Il limite all'aumento di pena.*

Resta immutato nella nuova versione il sesto comma, che prevede la regola, introdotta già con la riforma del 1974, secondo cui l'aumento massimo di pena per effetto della recidiva soggiace a una soglia massima equivalente al cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo. La previsione dunque consiste in un “freno” all'effetto moltiplicatore che, innescato dall'aumento per la recidiva, potrebbe comportare l'irrogazione di una pena superiore al cumulo materiale. Nel caso in cui non vi sia omogeneità di pena, ai fini del rispetto del limite in discussione opera il criterio di ragguaglio stabilito dall'art. 135 c.p. È parsa ragionevole la scelta di mantenere questa disposizione come norma di chiusura dell'intera disciplina della recidiva, al fine di poterla considerare riferibile a tutte le ipotesi di recidiva compresa la nuova ipotesi di cui al comma 5²⁶⁹. Nell'iniziale progetto AC2005, tuttavia, quest'ultimo comma risultava anteposto all'attuale comma 5, introdotto proprio durante lo sviluppo del medesimo dibattito parlamentare, ma, nel corso dell'esame della proposta in Senato, la successione dei commi fu riordinata proprio al fine di evitare che gli aumenti di pena applicati nel caso di delitti

²⁶⁷ BERTOLINO M., *op cit.*, p. 1144.

²⁶⁸ Gli aspetti legati al regime obbligatorio o facoltativo della recidiva in vigore a partire dal 2005 saranno affrontati al paragrafo 4, unitamente a un esame più approfondito della controversa ipotesi di cui all'art. 99 comma 5.

²⁶⁹ DOLCINI E., *La recidiva riformata, cit.*, p. 535; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina, cit.*, p. 182.

riconducibili all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. potessero considerarsi esenti dal limite generale.

3.1. Il limite dei delitti “non colposi”.

Lo scopo della riforma è di rafforzare il ruolo della recidiva nella determinazione del trattamento sanzionatorio, ma una delle modifiche più significative apportate dalla legge 251/2005 è stata la limitazione dell'applicabilità dell'istituto ai soli “delitti non colposi”, anziché ai reati: tale elemento di novità rappresenta l'unico profilo di disciplina che, nel raffronto con il regime previgente, si presenta come modifica di maggior favore, estromettendo sia i delitti colposi, sia tutte le contravvenzioni, anche quelle che la legge richiede che non possano essere integrate se non con dolo (ad esempio nel caso delle false comunicazioni sociali *ex* art. 2621 c.c.). La portata della restrizione è duplice: da un lato è mutato il contenuto del presupposto formale per la dichiarazione della recidiva, poiché l'oggetto dell'accertamento della precedente sentenza di condanna passata in giudicato deve riguardare un fatto previsto dalla legge come “delitto non colposo”, dall'altro lato la nuova definizione delimita la classe di reati in relazione ai quali la recidiva trova applicazione.

Già nel codice Zanardelli erano previste alcune limitazioni “qualitative” della tipologia dei reati considerabili ed era infatti esclusa la recidiva tra delitti e contravvenzioni, ovvero tra delitti dolosi e colposi, ma la complessiva area di rilevanza dell'istituto non era circoscritta nei termini dell'attuale soluzione legislativa. La nuova scelta definitoria non è stata perseguita fin dall'inizio dal legislatore della novella del 2005: non era infatti prevista nell'originaria proposta di legge AC2005 ed è stato solo in seguito all'approvazione di alcuni emendamenti che si è pervenuti alla nozione odierna. In un primo momento era stata sostituita al concetto di “reato” la nozione di “delitto doloso”, ma in seguito all'osservazione che sarebbe rimasta esclusa la categoria del reato preterintenzionale si è preferita la dicitura attuale²⁷⁰.

²⁷⁰ NATALINI A., *La “nuova” recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei “delitti non colposi”*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n.11, p. 110. Significativi sono gli interventi del Ministro della Giustizia Castelli, che il 15 dicembre 2004, riconducendo la giustificazione della scelta all'obiettivo di contenimento dell'impatto della riforma sul sistema penitenziario, ha dichiarato: “Naturalmente c'è un prezzo da pagare. La popolazione carceraria degli Stati Uniti è pari a due milioni di persone. Facendo una previsione per l'Italia, vorrebbe dire avere quattrocentomila detenuti: il sistema non reggerebbe! Ergo, abbiamo

La nozione di “delitto colposo” include così non solo quella di delitto doloso, ma interessa anche, da un lato, le ipotesi in cui come conseguenza non voluta di un delitto doloso si verifica un evento più grave che viene dalla legge imputato all’agente, nella fattispecie si tratta quindi delle figure di delitto preterintenzionale (omicidio art. 584 c.p. e aborto art. 18 comma 2, legge 22 maggio 1974, n. 194), dall’altro lato, il caso dell’art. 586 c.p. e i delitti aggravati dall’evento, quando cioè l’evento più grave è diretta conseguenza di una condotta base realizzata dall’agente con dolo.

La scelta del legislatore è stata tuttavia criticata dalla gran parte della dottrina, che, riportando il fondamento della recidiva all’insensibilità all’ammonimento della precedente condanna, sintomatica di una più acuta capacità a delinquere, non ha rinvenuto una motivazione idonea alla base della distinzione tra “delitti non colposi” da un lato e delitti colposi e contravvenzioni dall’altro²⁷¹. Nell’assenza di indicazioni concrete da parte del legislatore, la dottrina ha cercato di rinvenire la *ratio* ispiratrice della scelta soffermandosi, in un primo momento, sulla possibile spiegazione basata sulla predominanza dell’elemento volontaristico. In questa ottica, solo la reiterazione di episodi intenzionali potrebbe manifestare la persistenza della volontà criminosa; tuttavia, si è eccepito che in questo modo si ricondurrebbe la recidiva al diritto penale della volontà e alla colpevolezza d’inclinazione e, inoltre, tale ricostruzione è smentita dalla stessa definizione del novellato art. 99 c.p. che include i delitti preterintenzionali, costituiti anche da un evento ulteriore non voluto, e al contempo esclude le contravvenzioni, fatti volontari e alcune volte strutturalmente dolose²⁷². Un’altra possibile spiegazione potrebbe prendere spunto dalla scelta del legislatore di concentrarsi sui reati più gravi, selezionandoli a partire da un presunto maggiore allarme sociale destato dai delitti dolosi o preterintenzionali. Tuttavia, la minore gravità dei delitti colposi e contravvenzionali non è stato ritenuto un criterio fondato

circoscritto, per il momento, l’applicazione di questa fattispecie soltanto ad alcuni delitti più gravi.” e del sen. L. Bobbio, il quale nella seduta della Commissione giustizia del 3 marzo 2005 ha affermato che la scelta era mossa dalla necessità “di introdurre un temperamento al maggior rigore della nuova disciplina, nell’ottica di un migliore equilibrio. L’innovazione dovrebbe produrre anche effetti virtuosi con riferimento alla determinazione delle pene per i delitti colposi e per le contravvenzioni, favorendo l’abbandono degli automatismi, in particolare quanto all’applicazione delle circostanze generiche”.

²⁷¹ Tra gli altri, CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in *Nuove norme sulla prescrizione e recidiva*, a cura di SCALFATI A., Padova, 2006; NATALINI A., *cit.*, p. 110; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, *cit.*, p. 176; DOLCINI E., *La recidiva riformata*, *cit.*, p. 530; PADOVANI T., *Commento all’art. 4*, *cit.*, p. 447.

²⁷² NATALINI A., *op. cit.*, p. 110.

per operare una equa selezione dei fenomeni delinquenziali, dal momento che porta ad escludere manifestazioni di criminalità spesso connotate da rilevante gravità e tendenza alla serialità²⁷³, ad esempio in relazione alle materie della sicurezza sul lavoro, l'ambiente, la circolazione stradale, l'attività medico-chirurgica e di alcune contravvenzione del diritto penale societario. Infine, sarebbe lo stesso legislatore della riforma del 2005 a introdurre un indizio di maggiore gravità dei fatti colposi: il nuovo comma 6 dell'art. 157 c.p., infatti, pur se ai soli fini prescrizionali, prevede un'espressa deroga raddoppiando i termini di prescrizione per i reati di omicidio colposo aggravato o di qualunque delitto colposo di danno (artt. 589, commi 2 e 3, e 449 c.p.).

La giurisprudenza ha peraltro affermato che la disposizione di cui all'art. 4 della legge 251/2005 è di immediata applicazione, in quanto norma di diritto penale sostanziale, e dunque in caso di pregressa contestazione della recidiva in un processo già in atto alla data di entrata della legge (8 dicembre 2005) sorge in capo al P.M. o al giudice l'obbligo di revocare o non considerare la contestazione della recidiva se essa dipende da sentenze penali irrevocabili di condanna per delitti colposi o contravvenzioni²⁷⁴.

Se da parte della dottrina si è dunque colta anche in questo caso l'occasione di sottolineare l'irrazionalità dell'intervento legislativo²⁷⁵ e inoltre la scarsa attenzione sistematica, a partire dall'osservazione che non si è provveduto adeguatamente al raccordo della novità in tema di recidiva con la disciplina di altri istituti²⁷⁶, la Corte Costituzionale, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità

²⁷³ DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., p. 530.

²⁷⁴ La Corte di Cassazione ha provveduto ad annullare senza rinvio le sentenze che avevano aumentato la pena comminata ad imputati già condannati per reati contravvenzionali, limitatamente all'aumento di pena e rideterminandola. Ad esempio, Cass. Sez. fer., 25 luglio 2006, n. 26556; Cass. Sez. I, 13 gennaio 2009, n. 3842.

²⁷⁵ In termini molto critici, NATALINI A., cit., p. 111: "Nel silenzio del dato storico, possiamo ritenere che il novellatore abbia semplicemente adottato un (vago) parametro di selezione basato – assai rozzamente per il vero – sulla volontarietà della trasgressione del precetto penale: così ha ritagliato, entro l'ampia fetta dei fenomeni delinquenziali, solo quelli più grossolani ed evidenti; di contro, ha escluso le forme di ricaduta più subdole ed insidiose, assai diffuse e comunque non meno preoccupanti nell'odierna società. [...] L'esenzione si palesa insomma discutibile e irrazionale e – quel che è peggio – assai pericolosa in termini di politica criminale. Le più consolidate acquisizioni della criminologia vedono infatti anche nel delinquente colposo un soggetto socialmente pericoloso, giacché plurimi reati non volontari ma ravvicinati nel tempo possono essere significativi di una propensione a delinquere, soprattutto in determinati contesti".

²⁷⁶ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., p. 176. L'autore porta ad esempio il caso dell'oblazione, rispetto alla quale l'art. 612 bis c.p. preclude espressamente la possibilità di ammettere il beneficio estintivo per i casi di cui al terzo comma dell'art. 99 c.p., pur essendo l'oblazione stessa prevista solo per le contravvenzioni.

costituzionale dell'art. 4 della legge 251/2005 sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, ha invece affermato di trovarsi «al cospetto di una scelta di politica criminale, operata dal legislatore quale misura di temperamento del maggior rigore assunto dalla disciplina della recidiva a seguito della stessa legge n. 251 del 2005, e che non introduce, di per sé, alcun elemento di incoerenza nel sistema penale, caratterizzato da un trattamento differenziato dei delitti e delle contravvenzioni sotto plurimi profili, in correlazione al maggior disvalore tradizionalmente assegnato ai primi»²⁷⁷.

4. Facoltatività e obbligatorietà nella nuova disciplina e la discrezionalità del giudice.

L'intervento della legge *ex Cirielli* ha portato con sé nuovi interrogativi in merito alla portata e ai limiti del potere del giudice in sede di determinazione della pena: si è infatti osservato che la legge 251/2005, cercando di incidere sugli istituti rispetto ai quali, in seguito alle riforme del 1974, 1975, e 1986²⁷⁸, era stata notevolmente dilatata la discrezionalità giudiziale, si è inserita in un “filone normativo” di contenimento del potere giudiziale, sia sul piano interpretativo, sia sul piano della determinazione giudiziale della pena, mediante l'introduzione di automatismi sanzionatori²⁷⁹. La dottrina stessa aveva ravvisato proprio nell'accrescimento della discrezionalità giudiziale la causa di una diffusa incertezza e ineffettività della pena, originata dallo scollamento tra la pena prevista in astratto

²⁷⁷ C. Cost., 18 aprile 2007, n. 164. Il giudice rimettente ha sollevato la questione in riferimento a un soggetto imputato della contravvenzione di guida in stato di ebbrezza (art. 186 del d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285), con contestazione di recidiva specifica reiterata infraquinquennale, per il quale, alla luce della legge *ex Cirielli*, non sarebbe più stata applicabile la recidiva. “Ad avviso del giudice *a quo*, tale nuova disciplina si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., facendo sì che i recidivi e i non recidivi vengano trattati in modo giustamente differenziato se commettono un delitto (non colposo); e vengano invece trattati irrazionalmente allo stesso modo se commettono una contravvenzione; [...] che l'unica motivazione, che potrebbe essere scorta alla base di una simile scelta legislativa, sarebbe la minore gravità delle contravvenzioni rispetto ai delitti; [...] che la soluzione normativa censurata finirebbe, dunque, per favorire irragionevolmente gli autori di determinate categorie di reati”. La Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione per i motivi sopra citati e per l'impossibilità di provvedere, come da richiesta del giudice *a quo*, a una pronuncia additiva *in malam partem* estendendo la portata applicativa dell'istituto penale (art. 25 comma 2 della Costituzione).

²⁷⁸ Il riferimento corre rispettivamente alla prima riforma della recidiva (l. 7 giugno 1974, n. 220), alla legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) e alla legge Gozzini (l. 10 ottobre 1986, n. 663).

²⁷⁹ ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cassazione penale*, 2007, IV, p. 4098.

dalla legge e la sanzione concretamente irrogata dal giudice. A fronte di ciò si è prospettata l'esigenza di una «nuova cultura della discrezionalità»²⁸⁰, maggiormente ancorata alla regolamentazione del potere giudiziale e ad una più chiara fissazione degli obiettivi politico-criminali delle norme. Nonostante il dichiarato intento di intervenire in favore della certezza e dell'effettività della risposta sanzionatoria, il legislatore del 2005 si è dimostrato ispirato a una politica criminale prevalentemente repressiva in chiave generalpreventiva, ma a carattere “specifico” poiché indirizzata a una particolare categoria dei consociati ritenuti più pericolosi²⁸¹. Di fatto, la legge *ex Cirielli* ha reintrodotta un regime di obbligatorietà della recidiva in maniera non generalizzata, bensì selettiva facendo riferimento al criterio della gravità del reato, anziché della gravità della recidiva.

Alla luce di tale mutato contesto, successivamente alla riforma del 2005 la giurisprudenza della Corte di Cassazione e la prevalente giurisprudenza di merito, in armonia con l'orientamento della Corte Costituzionale, hanno operato in modo da scardinare o comunque limitare gli automatismi sanzionatori della recidiva. In primo luogo si è provveduto a respingere definitivamente la concezione formale della recidiva quale mero *status* desumibile dal certificato penale, in favore del pieno accoglimento della concezione sostanziale della recidiva come circostanza aggravante. Emblematica dell'adesione alla seconda opzione di un dilemma che si era posto alla dottrina e alla giurisprudenza già da epoche risalenti²⁸² è la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che nel ricondurre la recidiva, nel caso in cui comporta un aumento di pena superiore a un terzo, alla categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, pone in risalto la discrezionalità giudiziale a discapito dell'automatismo sanzionatorio conseguente alla concezione respinta²⁸³. A partire da

²⁸⁰ DONINI M., *op.cit.*, p. 281.

²⁸¹ ROCCHI F., *op. cit.*, p. 4099. L'autrice conclude: “Il contenimento della c.d. “supplenza giudiziaria” nella determinazione legale della pena irroganda, che nella prassi si era tradotta in un vero *arbitrium iudicis*, non è stato inserito dal legislatore della novella del 2005 nel quadro di una più completa ridefinizione dei criteri finalistici, che devono guidare il giudice nella dosimetria della pena; né in un rinnovato sistema commisurativo in senso lato – così come invece sollecitato dalla migliore dottrina.”

²⁸² Si veda il paragrafo 3.3.1. del capitolo I.

²⁸³ Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2011 (ric. Indelicato), n. 20798. Le Sezioni Unite rispondendo in senso affermativo al quesito posto dall'ordinanza di remissione in merito alla possibilità di qualificare la recidiva che determini un aumento di pena superiore a un terzo come circostanza aggravante ad effetto speciale e pertanto, ove concorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, sottoporla alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di applicare un ulteriore aumento (art. 63 comma 4 c.p., che impone l'applicazione del “cumulo giuridico” al posto del “cumulo materiale”), risolvono il contrasto, a cui peraltro si possono ricondurre i due contrapposti orientamenti del Tribunale e del Procuratore Generale della Corte

una lettura in chiave logico-sistematica del sistema delle circostanze previsto dall'ordinamento, la Corte afferma che «valutate in un'ottica sostanziale le circostanze rappresentano altrettanti elementi capaci di incidere sulla gravità del fatto o sulla intensità della capacità criminale del soggetto e assolvono alla funzione di adeguare la risposta sanzionatoria alla gravità del reato, che può dipendere dalla presenza di elementi significativi, diversi e ulteriori rispetto a quelli essenziali». Secondo un ormai consolidato orientamento della Corte²⁸⁴ «non è conforme ai principi generali di un moderno diritto penale espressivo dei valori enunciati dalla Carta fondamentale una concezione della recidiva quale *status* soggettivo correlato al solo dato formale della ricaduta nel reato dopo una previa condanna passata in giudicato che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificarne la correttezza della sua contestazione. La recidiva è, piuttosto, una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale. Questa giustificazione costituzionale dell'istituto impone il ripudio di qualsiasi automatismo, ossia dell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra *status* della persona e reato commesso e il recupero della valutazione discrezionale cui è correlato uno specifico obbligo motivazionale. [...] La piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante comporta che essa sia produttiva di effetti unicamente se il giudice ne accerti i requisiti costitutivi e la dichiari, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna (presupposto che, nel caso di recidiva obbligatoria, è necessario e sufficiente), ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo, da accertarsi discrezionalmente».

Dalla parole delle Sezioni Unite risulta quindi che la recidiva è una circostanza attinente al reato che richiede un accertamento concreto del rapporto tra lo *status*

d'Appello nell'ambito della vicenda rimessa alla Corte, configuratosi intorno alle alternative concezioni della recidiva come circostanza inerente alla persona del colpevole ai sensi dell'art. 70 c.p. e come circostanza ad effetto speciale.

²⁸⁴ Ad esempio Cass. Sez. Un., 27 maggio 2010 (ric. Calibè), n. 35738; Cass. Sez. V, 30 gennaio 2009 (ric. Maggiani), n. 13658; Cass. Sez. III, 25 settembre 2008 (ric. Pellegrino), n. 45065; Cass. Sez. VI, 16 luglio 2008 (ric. Ambesi), n. 34702.

soggettivo derivante dal solo dato formale e l'ulteriore reato commesso, essendosi rimossa ogni connotazione presuntiva e di automatismo dalla relazione instaurata tra i due elementi. Inoltre, si afferma che la qualificazione della recidiva come circostanza aggravante non è logicamente incompatibile con l'indubbia natura di circostanza soggettiva inerente la persona del colpevole *ex art. 70 c.p.* e che, anzi, tale ultima articolo deve essere «letto ed interpretato organicamente alla luce degli artt. 63 comma terzo, 69 comma quarto, 62 *bis* comma secondo in relazione all'art. 133 comma primo n. 3, 81 comma quarto, 99 c.p., modificati dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dalla giurisprudenza formatasi sul tema» al fine di confermarne la natura, anche nell'ipotesi del peculiare aumento di pena pari a un terzo, quando si configura una circostanza ad effetto speciale²⁸⁵. Il superamento della concezione della recidiva come mero status desumibile dal certificato penale e la sua qualificazione come circostanza si riscontra anche nella giurisprudenza formatasi in tema di prescrizione della pena e di riabilitazione²⁸⁶. Sulla base delle argomentazioni addotte, infine, le Sezioni Unite decretano il definitivo superamento dell'orientamento espresso da una propria precedente decisione che, pronunciandosi in tema di procedibilità d'ufficio del delitto di truffa, aveva qualificato la recidiva come circostanza aggravante *sui generis*²⁸⁷: esso infatti «dilatando il richiamo alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione dello specifico episodio, mal si concilia con un diritto penale del fatto, rispettoso del principio di colpevolezza fondato sulla valutazione della condotta posta in essere dal soggetto nella sua correlazione con l'autore di essa. Il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità di un soggetto o un suo *status* personale svincolato dal fatto reato».

²⁸⁵ La Corte infatti afferma: «L'esclusivo richiamo della distinzione tra circostanze oggettive e soggettive (art. 70 c.p.), attinente ad un profilo squisitamente contenutistico, per inferire un peculiare regime della recidiva, sottintende una lettura parziale della relativa disciplina che non si esaurisce nella predetta disposizione, ma si articola anche in altre norme. [...] La valorizzazione esclusiva dell'art. 70 c.p. contraddice, inoltre, la funzione della recidiva, da individuare nell'efficacia modificatrice della pena, omologa agli elementi la cui natura circostanziale non è posta in discussione. Non tiene infine in debita considerazione i principi generali contenuti negli artt. 63 e 64 c.p. che stabiliscono in linea generale i criteri discretivi tra ordinarie circostanze aggravanti e circostanze aggravanti ad effetto speciale».

²⁸⁶ Il riferimento è, rispettivamente, alla pronuncia Cass. Sez. I, 2 febbraio 2005, n. 10425, in cui si afferma che ai fini dell'applicazione dell'art. 172 comma 7 c.p. non rileva la mera sequenza delle condanne e che per il giudice è quindi possibile ritenere la recidiva solo a seguito di una regolare contestazione della stessa, e alla pronuncia Cass. Sez. I, 17 settembre 2009, n. 36751, in cui si richiede che per l'applicazione della disciplina derogatoria prevista dall'art. 179 comma 2 la recidiva, in quanto circostanza aggravante, sia stata dichiarata dal giudice in sede di cognizione.

²⁸⁷ Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987 (ric. Paolini), in *Foro Italiano*, 1987, II, c. 633, di cui si è trattato più ampiamente a pagina 63.

Corollario dell'inquadramento della recidiva tra le circostanze aggravanti è l'assoggettamento della stessa alla relativa disciplina, che, in primo luogo, impone che essa sia obbligatoriamente contestata dal Pubblico Ministero in modo formale e specifico, relativamente alle diverse tipologie²⁸⁸. L'obbligo in capo al Pubblico Ministero sorge in base al solo presupposto formale, spetta poi al giudice valutare la sussistenza e la rilevanza degli elementi della maggiore colpevolezza e pericolosità del reo e, in caso positivo, procedere alla dichiarazione della recidiva. Ulteriore e distinto momento è poi l'applicazione della recidiva, corrispondente alla sua effettiva incidenza sulla quantificazione della pena, che si verifica non solo nel caso in cui il giudice aumenti effettivamente la pena per effetto della recidiva, ma anche nel caso in cui la recidiva risulti equivalente a circostanze attenuanti concorrenti²⁸⁹. In conseguenza dell'affermazione della facoltatività della recidiva di cui ai primi quattro commi dell'art. 99 c.p., la giurisprudenza prevalente ha infine ritenuto sussistente per il giudice l'obbligo di accompagnare all'esercizio del potere discrezionale la motivazione della scelta operata in merito alla dichiarazione o meno della circostanza²⁹⁰.

²⁸⁸ Cass. Sez. I, 26 marzo 2009 (ric. Bauso), n. 16001. Cass. Sez. VI, 27 febbraio 2010 (ric. Oudhini), n. 5849: "In tema di recidiva, la contestazione specifica di una delle ipotesi dell'art. 99 c.p. esclude che il giudice possa ritenere una recidiva diversa e più grave. (In applicazione di tale principio la Corte ha annullato la sentenza del giudice d'appello che, ritenuta la recidiva specifica reiterata infraquinquennale in luogo di quella, contestata, non reiterata, aveva applicato il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69 ultimo comma c.p.)."

Più recentemente e in tema di prescrizione, Cass. Sez. III, 27 marzo 2014, n. 14439: "Per la giurisprudenza pacifica di questa Corte a recidiva non è un mero "status" soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione in tale sede. [...] La natura costitutiva della contestazione della recidiva non consente di tenere conto, ai fini del calcolo dei termini di prescrizione, dell'aumento di pena derivante dalla recidiva medesima ove questa non sia stata contestata prima dello spirare del tempo necessario a prescrivere il reato nella forma non aggravata".

²⁸⁹ PIFFER G., *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 dicembre 2010.

²⁹⁰ L'obbligo, in assenza del quale la sentenza del giudice di merito risulta viziata e passibile di annullamento sul punto, è stato riconosciuto ad esempio in riferimento alla pericolosità dell'imputato, in modo da fornire una adeguata motivazione rispetto all'idoneità della nuova condotta criminosa a rivelare la maggiore capacità a delinquere del reo: Cass. Sez. VI, 15 marzo 2011 (ric. Bouzid Omar), n. 14550; Cass. Sez. VI, 25 settembre 2009 (ric. Dommarco), n. 42363; Cass. Sez. VI, 23 novembre 2010, n. 43438. L'obbligo invece non sussiste nelle ipotesi previste al quinto comma dell'art. 99 c.p. in cui l'aumento della pena è obbligatorio (Cass. Sez. V, 21 ottobre 2008, n. 46452). Tale orientamento, pur riscontrandosi alcune posizioni contrarie che affermano la necessità della motivazione solo in presenza di specifiche deduzioni difensive (Cass. Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923), è stato indirettamente confermato dalle Sezioni Unite nella già citata pronuncia del 24 febbraio 2011, n. 20798.

4.1. I problemi sollevati dall'ipotesi di recidiva reiterata e le soluzioni giurisprudenziali.

A seguito dell'entrata in vigore nel 2005 della nuova normativa i maggiori dubbi sollevati da dottrina e giurisprudenza hanno avuto ad oggetto l'ipotesi di recidiva reiterata, rispetto alla quale, come già illustrato, si è individuato un regime differenziato sia sostanziale che processuale, connotato dal contenimento della discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena e dalla limitazione all'accesso di molti dei benefici premiali previsti dall'ordinamento.

Proprio con riferimento alle conseguenze accessorie, la Corte Costituzionale ha più volte respinto le eccezioni di illegittimità sollevate in merito alla diversità di trattamento riservate alla recidiva reiterata rispetto a quella primaria, dal momento che la prima si rivela «sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva» e risultano quindi giustificate, anche alla luce dei principi costituzionali, le differenti previsioni²⁹¹.

La questione maggiormente problematica si è però sviluppata intorno al contrasto circa l'ampiezza della discrezionalità affidata al giudice nel riconoscere o meno la recidiva, in modo particolare relativamente alla recidiva pluriaggravata, caratterizzata dalla presenza di più di una delle situazioni descritte al secondo comma dell'art. 99 c.p., e alla recidiva reiterata, sussistente quando il soggetto già recidivo commette un nuovo delitto. Se infatti nelle ipotesi di recidiva semplice e di recidiva aggravata è rimasto indubitabilmente immutato il regime di facoltatività introdotto nel 1974 ai fini dell'aumento della pena, con riguardo ai casi di cui al comma 3 e 4 dell'art. 99 c.p. l'ambiguità della formulazione del nuovo testo ha portato i primi commentatori a interpretare l'intenzione del legislatore nell'ottica di rendere

²⁹¹ C. Cost. 13 dicembre 2004, n. 421. Nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p. nella parte in cui esclude l'applicazione integrale del comma 1 dell'articolo 444 c.p.p. ai procedimenti nei confronti dei recidivi ai sensi dell'art. 99 quarto comma c.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, la Corte Costituzionale giustifica il trattamento differenziato riservato ai recidivi reiterati, ritenendolo "coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale" che "pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato – e meno favorevole – rispetto alla posizione del soggetto incensurato". Argomentazioni simili sono richiamate nelle precedenti pronunce C. Cost. 18 luglio 1980, n. 133 e C. Cost. 11 maggio 1971, n. 100 ("Il principio di uguaglianza è invocabile in situazioni obiettivamente uguali, o giuridicamente comparabili. È assurdo pensare che chi ha riportato precedenti condanne penali ed è indiziato di un nuovo delitto non possa, e non debba, venir considerato più pericoloso del cittadino incensurato, in virtù di una astratta uguaglianza").

obbligatorie le due figure. Il dubbio è emerso in seguito alla sostituzione, da parte dell'art. 4 della legge 251/2005, della forma verbale “*può essere*” con “*è*”, riferita all'aumento di pena conseguente al ricorrere delle circostanze, ponendo ad alcuni il dilemma se il legislatore avesse così inteso incidere sull'aumento di pena, ora previsto in misura fissa e non più discrezionale, ovvero anche reintrodurre il regime di obbligatorietà. Secondo parte della dottrina, dunque, l'argomento letterale ricondurrebbe al regime preesistente alla riforma del 1974, a maggior ragione a seguito del raffronto del testo dei commi 3 e 4 con quello del comma 1, nel quale pur avendo modificato l'entità e il computo dell'aumento indicato ormai in misura fissa, si è mantenuta la formulazione “*può essere sottoposto*”²⁹².

La dottrina prevalente, invece, ha sostenuto la tesi della facoltatività delle ipotesi di recidiva pluriaggravata e di recidiva reiterata, adducendo argomentazioni ritenute maggiormente rispettose del profilo letterale, sistematico e costituzionale. In primo luogo, infatti, tali ipotesi vengono poste in confronto con la disposizione del comma 5, in cui l'intenzione del legislatore di prevedere il regime dell'obbligatorietà emerge in modo espresso e che viene collocata in chiusura della disciplina dell'istituto, quasi a sottolinearne la natura eccezionale limitata a determinate fattispecie delittuose²⁹³. I casi previsti ai commi 3 e 4 sembrano dunque porsi in un rapporto di “specie a genere” rispetto alle norme di cui ai commi 1 e 2 dello stesso art. 99 c.p., dal momento che le ipotesi di recidiva pluriaggravata e reiterata risultano ricomprese nella fattispecie della recidiva semplice, specificando alcuni elementi. Inoltre, l'interpretazione in chiave facoltativa risulta maggiormente rispettosa della finalità rieducativa della pena, sancita dall'art. 27 comma 3 della Costituzione, che legittima un diritto penale “del fatto”, difficilmente conciliabile con automatismi sanzionatori unicamente incentrati sulla personalità del reo.

La giurisprudenza si è costantemente orientata in questo secondo senso, nell'ottica anche di salvaguardare un giusto trattamento sanzionatorio, ponendo un argine alle gravi conseguenze che deriverebbero dall'accoglimento dell'indirizzo contrario, in particolare in virtù della combinazione delle norme in questione con

²⁹² PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 32; SALERNO G. M., *op. cit.*, p. 47; BATTISTA D., *op. cit.*, p. 105.

²⁹³ CORBETTA S., *op. cit.*, p. 76. Dello stesso avviso anche DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., p. 532; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., p. 177; PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 62; SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle “circostanze”*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 40.

quella di cui all'art. 69 comma 4 c.p., che sancisce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti in caso di recidiva reiterata. L'orientamento che riconosce la discrezionalità della recidiva reiterata ha trovato un avallo decisivo nella sentenza della Corte Costituzionale n. 192 del 2007, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità, sollevate attraverso 14 ordinanze di rimessione, dell'art. 69 comma 4 c.p. in relazione a diversi principi costituzionali. I giudici *a quibus* contestavano il meccanismo di limitazione del bilanciamento in presenza di recidiva reiterata, come configurato dalla legge 251/2005, innanzitutto in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal momento che si imporrebbe di punire allo stesso modo fatti di diversa gravità concreta e si punirebbero in modo diverso fatti oggettivamente analoghi, differenziati soltanto dalla qualità personale di recidivo reiterato. Si è ravvisata inoltre la lesione del canone della ragionevolezza, poiché la norma introdurrebbe una presunzione legale di pericolosità sociale del recidivo priva di fondamento razionale, stanti il carattere perpetuo della recidiva, che si configura indipendentemente dal lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'ultimo reato, e l'incidenza indiscriminata del divieto di subvalenza in rapporto a tutte le circostanze attenuanti, anche dunque quelle di carattere oggettivo, non omogenee alla recidiva in quanto non riferite alla personalità dell'autore ma espressive di un minore disvalore del fatto, e quelle ad effetto speciale, cui è spesso sottesa una valutazione legislativa del tutto diversa in ordine alla gravità del fatto²⁹⁴. Precludendo la dichiarazione di prevalenza delle attenuanti e, dunque, l'adeguamento della pena al caso concreto, la norma determinerebbe un «appiattimento del trattamento sanzionatorio» che rischierebbe di imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate all'entità del fatto, in violazione della finalità rieducativa prevista al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione. In riferimento allo stesso articolo della Costituzione è stato riscontrato un contrasto anche in relazione al primo comma, dal momento che, nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, la pena non

²⁹⁴ Le ordinanze di rimessione si esprimono sul punto ritenendo che “il legislatore avrebbe introdotto, in sostanza, un «automatismo sanzionatorio» atto a determinare una «indiscriminata omologazione» dei recidivi reiterati, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità che – prescindendo dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, dall'epoca della loro commissione e dalla identità della loro indole rispetto a quella del nuovo reato – non troverebbero fondamento nell'*id quod plerumque accidit*. La recidiva reiterata, difatti, potrebbe non essere indicativa di una effettiva pericolosità, segnatamente allorché vengano in considerazione condanne risalenti nel tempo e relative a delitti di scarsa gravità, o comunque non significativi sul piano criminale in rapporto al nuovo delitto per cui si procede”.

potrebbe essere aggravata solo per soddisfare esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale²⁹⁵. L'attribuzione di tale efficacia «determinante» alla personalità del colpevole, ai suoi precedenti penali e dunque al “tipo d'autore”, lederebbe anche l'art. 25 secondo comma della Costituzione, il quale «sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale la commissione di “fatto”: impedendo, quindi, che si punisca la mera pericolosità sociale o un “atteggiamento interiore” del reo». Infatti, più rilevanza viene accordata alla complessiva condotta di vita del reo, indipendentemente dalla valutazione del fatto, tanto più la sanzione acquista caratteri di “esemplarità”, incompatibili con il principio di offensività. Infine, si è eccettuato che il meccanismo previsto dalla norma censurata si porrebbe in contrasto con il principio di indipendenza del giudice previsto agli artt. 101 comma 2 e 111 comma 6 e 7, stante l'impossibilità di «adempiere, nel processo, all'obbligo di legge di adeguare la sanzione al caso concreto e irrogare una sanzione che abbia finalità rieducative».

Pur se caratterizzate da una certa eterogeneità rispetto agli aspetti rimessi al vaglio del giudizio di costituzionalità, la Corte ha rinvenuto tra le varie ordinanze un minimo comun denominatore consistente nel presupposto che, a seguito della legge 251/2005, esista nei confronti dell'imputato già dichiarato recidivo l'obbligo di applicare la recidiva reiterata. Nel pronunciarsi la Corte Costituzionale ha adottato un dispositivo meramente processuale di inammissibilità²⁹⁶ “per omesso tentativo di

²⁹⁵ Con riguardo ai principi di personalità della responsabilità penale, proporzionalità della pena e finalità rieducativa i giudici affermano: “da tale complesso di precetti costituzionali emergerebbe dunque l'esigenza dell'individualizzazione della pena, giacché solo mediante l'adeguamento della risposta punitiva alle caratteristiche del singolo caso – adeguamento che costituisce l'obiettivo del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee – sarebbe possibile assicurare un'effettiva eguaglianza di fronte alle pene, rendendo realmente personale la responsabilità penale e facendo sì che il trattamento sanzionatorio assolvà ad una funzione rieducativa. Il novellato art. 69 comma quarto c.p. impedirebbe viceversa il suddetto adeguamento, imponendo l'irrogazione di pene che possono rivelarsi del tutto sproporzionate rispetto all'effettiva entità dei fatti e dunque inadeguate, proprio perché percepite come ingiuste e abnormi, ad agevolare la risocializzazione del reo”.

²⁹⁶ La sentenza della Corte Costituzionale si configura come una pronuncia di tipo processuale, in cui in realtà la Corte, “nonostante la formale dichiarazione di inammissibilità, lungi dall'aver sancito la conformità alla Costituzione della norma sottoposta al proprio vaglio, sembra in realtà aver fornito una lettura interpretativa di più ampio respiro su una fetta consistente dell'apparato normativo scaturito dalla *ex Cirielli*, finendo con il porre in discussione le *rationes* ispiratrici di una delle più controverse leggi degli ultimi decenni. [...] La decisione in commento sembra richiamare le note tipiche di una *interpretativa di rigetto*, con una sola particolarità: in questo caso, infatti, la Corte, anziché fornire una interpretazione alternativa rispetto a quella posta dal giudice *a quo* a fondamento dell'ordinanza di rimessione limitatamente alla disposizione impugnata, opera una interpretazione di ampio respiro, che offre una esegesi alternativa non già della singola disposizione tacciata di illegittimità costituzionale (art. 69 comma 4 c.p.), ma del combinato disposto di quella disposizione con l'art. 99 comma 4 c.p., la cui diversa interpretazione consentirebbe di ritenere superati i dubbi di legittimità costituzionale della prima.” VINCENTI R., *La sentenza della Corte Costituzionale n. 192 del 2007*:

interpretazione conforme”, sottolineando come la premessa implicita delle argomentazioni dei giudici rimettenti, e cioè il regime di obbligatorietà incondizionata che il legislatore del 2005 avrebbe riservato alla recidiva reiterata, non fosse l’unica possibile e che i giudici rimettenti avrebbero dovuto vagliare la praticabilità di una diversa interpretazione, che attribuendo a tale tipo di recidiva carattere facoltativo avrebbe fatto cadere l’automatismo oggetto di censura²⁹⁷. I giudici comuni sono infatti tenuti a procedere ad una interpretazione adeguatrice delle disposizioni costituzionalmente dubbie e, nella fattispecie, nell’opinione della Corte risultava praticabile un’interpretazione costituzionalmente orientata del quadro normativo. Nell’assenza sul piano del diritto vivente di un orientamento giurisprudenziale consolidato in favore di una delle due soluzioni, la Corte Costituzionale fornisce una chiave di lettura costituzionalmente orientata secondo cui la discrezionalità giudiziale, relativamente ai due casi di recidiva, rimane sussistente rispetto all’*an*, pur non incidendo più sul *quantum* della pena. Con tale pronuncia la Corte ha dunque risolto il dubbio in merito all’obbligatorietà della recidiva reiterata e il medesimo orientamento è stato ribadito in una serie di ordinanze di manifesta inammissibilità emesse dalla Consulta in risposta ad analoghe questioni pertinenti agli artt. 69 comma 4 e 99 comma 4 c.p.²⁹⁸, nell’ottica di invitare la giurisprudenza di merito a «non cadere in facili automatismi nell’applicazione degli aumenti per la recidiva anche ove il regime dell’art. 99 c.p. abbia mantenuto il carattere della facoltatività»²⁹⁹.

facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69 comma 4 c.p., in *Cassazione penale*, 2008, I, p. 533.

²⁹⁷ La Corte evidenzia che le argomentazioni dei giudici rimettenti poggiavano “sul presupposto – implicito e non motivato – che, a seguito della legge 251/2005, la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria e non possa essere, dunque discrezionalmente esclusa dal giudice – quantomeno agli effetti della commisurazione della pena – in correlazione alle peculiarità del caso concreto; con la conseguenza di rendere inapplicabile la censurata disciplina in tema di bilanciamento con le circostanze attenuanti concorrenti. Quella la che i rimettenti danno per scontata non rappresenta, tuttavia, l’unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo”. La Corte in seguito esamina le argomentazioni contrarie e a favore della facoltatività della recidiva reiterata, sottolineando l’irrazionalità delle prime, e conclude infine per l’inammissibilità delle questioni sollevate in ragione però dell’inadeguatezza dell’operato dei giudici.

²⁹⁸ C. Cost., 30 novembre 2007, n. 409; C. Cost., 21 febbraio 2008, n. 33; C. Cost. 4 aprile 2008, n. 90; C. Cost., 29 maggio 2009, n. 171. Nell’ordinanza 92/2008 la Corte ha inoltre dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 99 comma 4 c.p., censurato in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, 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 scelta e la quantificazione delle sanzioni per i fatti punibili, che rientra nella discrezionalità del legislatore, è infatti censurabile in sede di sindacato di costituzionalità solo nel caso di manifesta irragionevolezza e, nel caso di specie, la Corte non ha ritenuto che la soluzione normativa adottata producesse sperequazioni ingiustificate nel trattamento sanzionatorio di situazioni omogenee.

²⁹⁹ AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 689.

A ribadire che la recidiva reiterata è una circostanza facoltativa nell'*an* e vincolata nel *quantum* sono intervenute anche numerose decisioni del giudice di legittimità; sussistendo tuttavia ancora un atteggiamento oscillante in merito all'interpretazione del nuovo art. 99 comma 4 c.p. e alla definizione dell'ambito della discrezionalità riconosciuta al giudice³⁰⁰, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁰¹, allineandosi definitivamente con la posizione assunta dalla Corte Costituzionale. Decisiva nel consolidare tale orientamento, già seguito dalla dottrina prevalente, è stata in un primo momento la sentenza Cass. Sez. VI, 3 maggio 2007 (ric. Serra), n. 16750, che, in seguito ad una approfondita argomentazione³⁰², ha riconosciuto la natura facoltativa della recidiva reiterata come l'unica possibile in ossequio ai principi dettati dalla Costituzione e ha affermato che essendo «la recidiva una circostanza inerente alla persona, non è ammissibile configurare, in materia di circostanze, una "discrezionalità bifasica" (sull'*an* della circostanza, che deve essere riconosciuta, e sulla variazione della pena conseguente), in quanto deve riconoscersi che l'individuazione e l'applicazione della circostanza devono seguire un medesimo binario e che la facoltatività della recidiva comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto, sicché il requisito oggettivo della precedente condanna non è sufficiente, in assenza dei presupposti soggettivi a fondare non solo l'aumento di pena, ma anche il riconoscimento della recidiva agli altri effetti penali, ma solo a determinare per un successivo delitto l'intervenuta dichiarazione».

³⁰⁰ Alcune pronunce, tra cui ad esempio Cass. Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 18302, continuavano a concepire la facoltatività della recidiva come "bifasica" o parziale, nel senso che la discrezionalità del giudice avrebbe avuto come oggetto solo l'aumento della pena, rimanendo invece obbligatori tutti gli altri effetti, che discenderebbero in modo automatico dalla sola verifica di precedenti condanne nel certificato penale. Tra tali effetti indiretti erano ricondotti anche quelli legati al giudizio di comparazione *ex art. 69 comma 4 c.p.*: "Ne consegue che la recidiva è soggetta al meccanismo giuridico del giudizio di comparazione delle concorrenti circostanze attenuanti, indipendentemente dalla valutazione *ex ante* che il giudice possa già effettuare sull'aumento o meno di pena".

³⁰¹ Cass. Sez. Un., 27 maggio 2010 (ric. Calibé), n. 35738.

³⁰² Gli argomenti in favore della facoltatività muovono dal carattere non autonomo, bensì derivato, delle tipologie di recidiva *ex art. 99 comma 3 e 4 c.p.*, le quali presuppongono l'accertamento della recidiva semplice, dall'esplicito richiamo al potere discrezionale operato al nuovo comma 4 dell'art. 81 c.p. e al giudizio valutativo in ordine all'applicazione dell'aumento per la recidiva reiterata che emerge dalla locuzione "ritenute circostanze aggravanti" di cui all'art. 69 comma 4 c.p. La sentenza evidenzia rispetto al punto nodale della concezione della facoltatività della recidiva che: "il contrasto giurisprudenziale, oggetto di critica da una parte molto consistente della dottrina, discende dalla generale considerazione secondo cui la facoltatività concerne solo l'aumento di pena, ma non la sussistenza della recidiva. [...] Tale impostazione, però, finisce con lo stravolgere l'istituto stesso della recidiva, intesa come circostanza aggravante inerente alla persona. Giacché ne deriverebbe l'applicazione ad altri effetti, pur se in concreto è stato escluso l'aumento di pena".

L'intervento delle Sezioni Unite del 2010³⁰³, infine, rappresenta il momento risolutivo di stabilizzazione degli orientamenti venutisi a formare in giurisprudenza intorno alla natura della recidiva reiterata. La Cassazione ha infatti chiarito che la recidiva reiterata opera come circostanza aggravante facoltativa e resta integro il potere del giudice di escludere l'applicazione della circostanza aggravante, ove non la ritenga in concreto espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale del reo. La soluzione interpretativa riaffermata dalle Sezioni Unite è parsa ai giudici maggiormente conforme ai principi costituzionali ma anche quella più aderente al testo della legge³⁰⁴. Il giudice è dunque tenuto, per poter procedere alla contestazione, a verificare in concreto l'effettivo valore sintomatico della reiterazione dell'illecito³⁰⁵; dall'esclusione dell'aggravante deriva invece l'ininfluenza della stessa non solo relativamente all'aumento di pena, bensì anche agli ulteriori effetti commisurativi della sanzione, rimarcandosi così l'insostenibilità di una recidiva "bifasica"³⁰⁶. Da

³⁰³ Il contrasto giurisprudenziale sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite verteva sull'interpretazione dell'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p., nella parte in cui stabilisce che sono esclusi dal patteggiamento, tra gli altri, i procedimenti contro i recidivi reiterati qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, rispetto alla necessità che la recidiva fosse solo contestata ovvero anche espressamente riconosciuta e dichiarata dal giudice.

³⁰⁴ "La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, 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, nonché dalle decisioni della Corte Costituzionale". La Corte in seguito provvede a scardinare l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva reiterata e configura una "sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato – dunque foriero di possibili disegualianze – nell'*am* e nel *quantum*", sia muovendo dal dato letterale e dalla necessaria lettura omogenea dei primi quattro commi, sia dalla maggiore conformità ai principi costituzionali.

³⁰⁵ La novella del 2005 ha condotto alla necessità di un maggiore onere motivazionale da parte del giudice in ordine alle figure di recidiva facoltativa: il giudice applica, ad esempio, l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo quando ritiene il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo, avuto anche riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p., sotto il profilo dell'insensibilità etica alla prima condanna e alla maggiore pericolosità del reo. "È dunque compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata, quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali".

³⁰⁶ "Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una «più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo», la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi. [...] Qualora viceversa la verifica si

ultimo, la Cassazione chiarisce che, ai fini dell'operatività delle conseguenze pregiudizievoli che derivano dall'applicazione della recidiva reiterata, è sufficiente che essa sia, oltre che ritualmente contestata dal Pubblico Ministero, nel rispetto del principio del contraddittorio, ritenuta sussistente dal giudice in sentenza.

4.2. La recidiva obbligatoria ex art. 99 comma 5 c.p.

Tra le novità apportate dalla riforma del 2005 quella che più si colloca in una prospettiva di maggior rigore nei confronti del fenomeno della recidiva è la parziale reintroduzione di casi di obbligatorietà delle conseguenze aggravanti prevista al comma 5 dell'art. 99 c.p. Il legislatore ha reintrodotta il regime di obbligatorietà limitatamente ai delitti considerati dall'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.³⁰⁷, sottraendo in questi casi al giudice qualsiasi valutazione discrezionale. Il richiamo all'elenco dei delitti contemplati nel codice di procedura ha tuttavia sollevato alcuni dubbi e pareri critici, in primo luogo perché il ricorso alla "tecnica del rinvio" complica l'attività dell'interprete e introduce nell'ordinamento degli aspetti contrari ai requisiti di

concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante. La "facoltatività" della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o bifasica".

³⁰⁷ Art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.: "La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano:

a) i delitti appresso indicati:

1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416 bis e 422 del codice penale, 291 ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291 quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale;

5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza;

7 bis) dei delitti previsti dagli articoli 600, 600 bis, primo comma, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609 ter, 609 quater, 609 octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'art. 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni".

chiarezza e intelligibilità della norma penale richiesti dalla Costituzione³⁰⁸. La disposizione del codice di procedura penale detta l'elenco di alcuni reati per cui i termini di durata massima delle indagini preliminari sono elevati a due anni, coinvolgendo fattispecie criminose direttamente indicate ovvero reperibili mediante il ricorso a ulteriori criteri di selezione o clausole "aperte"³⁰⁹. La dottrina si è criticamente interrogata in merito alla *ratio* in base alla quale il legislatore ha stabilito un collegamento tra le due disposizioni: il catalogo cui si rinvia, infatti, opera una selezione di reati piuttosto eterogenei rispetto ai quali, date alcune specifiche e fisiologiche caratteristiche, è possibile prevedere una maggiore complessità delle indagini preliminari, ma con legge *ex Cirielli* viene a creare una disciplina differenziata per un istituto di diritto sostanziale, sulla base di una non pacificamente ritenuta maggiore gravità dei delitti contemplati³¹⁰. Nei lavori parlamentari la disposizione in questione è giustificata come criterio di selezione per i reati "più gravi" e "di maggiore allarme sociale"; tuttavia, se in origine l'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p. considerava una cerchia più ristretta di delitti riconducibili alla criminalità organizzata, il legislatore ha poi ampliato il catalogo per fronteggiare nuove emergenze criminali e la norma ha finito per ricomprendere figure criminose eterogenee sia sotto il profilo criminologico, sia della gravità delle sanzioni comminate, alimentando in tal modo le criticità poste in relazione al nesso stabilito con l'istituto della recidiva³¹¹.

Una questione interpretativa si è posta con riferimento all'ambito di operatività della recidiva obbligatoria, ossia intorno al quesito se il delitto a dover

³⁰⁸ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., p. 181.

³⁰⁹ Rispettivamente, art. 407 comma 2 lett. *a* n.7 e n.3 c.p.p.

³¹⁰ In senso critico rispetto alla ragionevolezza della scelta legislativa, con cui è inoltre parso volersi reintrodurre ipotesi di pericolosità sociale presunta, e alla coerenza dei risultati sostanziali che ne conseguono, dal momento che la disposizione non pare racchiudere tutti i reati più gravi previsti dall'ordinamento, MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., p. 181; CORBETTA S., cit., p. 77; DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., p. 533; DIGLIO P., *Articolo 99 del codice penale: in claris non fit interpretatio*, www.altalex.com, 12 Luglio 2011; PISTORELLI L., *op. cit.*, p. 62, il quale rimprovera al legislatore di non aver piuttosto collegato il regime d'obbligatorietà della recidiva alla pena edittale prevista per il reato in questione.

³¹¹ In particolare è stata segnalata l'irragionevolezza del fatto che, tramite il richiamo di cui all'art. 407 comma 2 lett. *a* n. 4 c.p.p., rientra nella sfera della recidiva obbligatoria la condotta di mera partecipazione ad associazione sovversiva o a banda armata, mentre rimangono escluse le più gravi ipotesi consistenti nell'aver promosso, costituito, organizzato o diretto l'associazione o la banda armata. Tale conseguenza proprio in ragione del differente obiettivo che aveva portato ad inserire il rimando a tali fattispecie nell'ambito dell'art. 407 c.p.p., ossia determinare l'ampliamento, oltre che dei termini delle indagini preliminari, anche dell'elenco dei reati ulteriormente richiamati dall'art. 406 comma 5 *bis* c.p.p. e di estendere così anche alle condotte di mera partecipazione la possibilità di non dare comunicazione agli indagati della richiesta di proroga delle indagini ancora in corso, in ragione di esigenze di segretezza investigativa. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., p. 182; DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., p. 533.

essere ricompreso nella categoria citata fosse quello oggetto della precedente condanna, quello nuovo oppure entrambi. La Corte Costituzionale aveva in un primo tempo rilevato l'esistenza di questo problema argomentativo senza però risolverlo³¹², ma l'orientamento su cui si è di fatto consolidata la giurisprudenza di legittimità è quello secondo cui per l'integrazione del regime obbligatorio della recidiva è necessario che sia il nuovo reato, espressivo della circostanza, a dover rientrare tra quelli indicati all'art. 407 c.p.p., non rilevando invece se vi rientra quello per cui vi è stata la precedente condanna. I sostenitori di tale indirizzo propongono un'argomentazione di tipo letterale e sistematico, evidenziando come in tutte le disposizioni presenti all'art. 99 c.p. l'attenzione del legislatore è sempre rivolta alla tipologia del *nuovo* delitto, salva l'unica ipotesi della recidiva specifica in cui eccezionalmente acquisiscono rilevanza i reati antecedenti³¹³. Sulla questione si sono anche espresse successivamente le Sezioni Unite³¹⁴ che, ribadendo l'interpretazione adottata dalla giurisprudenza prevalente e le relative motivazioni di carattere letterale e sistematico, hanno integrato l'argomentazione constatando come tale lettura risulti maggiormente coerente sotto il profilo del giudizio, che la recidiva esige, di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del nuovo delitto posto in essere. Le Sezioni Unite hanno inoltre sottolineato che l'art. 99 comma 5 c.p. è applicabile a tutte le forme di recidiva, in modo che sostanzialmente si prefigurano in rapporto a

³¹² C. Cost., 18 maggio 2009, n. 171: "Nel sollevare la questione, il giudice *a quo* non si pone, tuttavia, l'ulteriore problema interpretativo – pure ripetutamente evidenziato da questa Corte nelle pronunce in precedenza citate – di stabilire quale reato debba rientrare nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen., affinché divenga operante il regime di obbligatorietà: se, cioè, il delitto oggetto della precedente condanna, ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo, indifferentemente l'uno o l'altro, o addirittura entrambi (soluzioni tutte alternativamente prospettate dagli interpreti, senza che sul punto possa dirsi allo stato sussistente un orientamento consolidato)".

³¹³ Cass, Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875; Cass. Sez. I, 23 settembre 2010, n. 36218; Cass. Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243: "Ritiene invero il collegio che i dubbi interpretativi, afferenti se alla questione se sia "il nuovo delitto" a dover essere incluso fra quelli indicati dal citato art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p. ovvero quello per cui vi sia stata precedente condanna ovvero tutti e due, trovano la loro soluzione nella lettura coordinata dei precedenti commi, la cui disciplina ha ad oggetto l'aumento di pena per il "nuovo" ovvero "altro" delitto, lettura confortata da quella dello stesso quinto comma che nel prevedere l'obbligatorietà dell'aumento di pena la vincola alla tipologia di delitto specificamente indicati attraverso il rinvio all'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p., tipologia che non può non riferirsi al "nuovo" delitto non colposo, stante anche l'ultimo inciso che fissa il limite minimo di aumento con riferimento ai "casi indicati al secondo comma". "Secondo comma" che riguarda sempre il *nuovo delitto*".

³¹⁴ Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798. Nonostante infatti l'orientamento costante delle Sezioni della Cassazione, con ord. 4 novembre 2010, n. 39855 la Seconda Sezione aveva deferito la questione alle Sezioni Unite, considerandola ancora irrisolta. Un'interpretazione restrittiva della lettura del comma 5 dell'art. 99 c.p., in base alla quale anche il reato presupposto sarebbe dovuto essere ricompreso nell'elenco di cui all'art. 407 c.p.p., è peraltro sostenuta in CORBETTA S., *op. cit.*, p. 78.

ognuna delle fattispecie di recidiva facoltativa previste nei primi quattro commi altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria³¹⁵.

Le ipotesi di cui al comma 4 e 5 dell'art. 99 c.p. costituiscono, nel quadro dell'altrettanto significativa ispirazione complessiva della riforma della recidiva operata dal legislatore del 2005, le ipotesi più evidenti di adozione di meccanismi presuntivi fondati su caratteristiche personali che danno luogo a trattamenti differenziati, per questa ragione rappresentano il terreno su cui si sono maggiormente concentrati gli interventi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, di cui si tratta al capitolo successivo, al fine di attenuare gli automatismi sanzionatori e recuperare margini di discrezionalità.

5. Rapporti con altre previsioni.

A rendere più severa la nuova disciplina della recidiva instaurata dalla l. 251/2005 non concorrono soltanto l'obbligatorietà, la rigidità dell'aumento di pena e la sua maggiore consistenza, ma acquisiscono notevole rilevanza anche una nuova serie di effetti penali della condanna. Alcune conseguenze collaterali della recidiva, su cui la novella non ha direttamente inciso, erano già previste dal codice penale: si tratta in primo luogo del principio generale dell'esclusione dei soggetti recidivi aggravati e reiterati dai benefici dell'amnistia (art. 151 c.p.) e dell'indulto (art. 174 c.p.), salvo che la singola legge di concessione del provvedimento clemenziale non disponga altrimenti³¹⁶.

³¹⁵ "L'*incipit* della norma ("se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.") e la sua stessa collocazione rendono evidente che la previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 c.p. affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria, sottoposte, di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa, salvo che per il caso previsto per la recidiva obbligatoria monoaggravata, per la quale l'aumento di pena spazia da un terzo alla metà (art. 99, commi secondo e quinto, c.p.), mentre la corrispondente ipotesi di recidiva facoltativa prevede un aumento fino alla metà. [...] Tale lettura è confortata, inoltre, dal rinvio contenuto nell'art. 99, comma quinto, c.p., ai "casi indicati al secondo comma", contenente a sua volta l'espresso riferimento alla commissione di un "nuovo delitto non colposo" (cfr. nn. 1, 2, 3 dell'art. 99, comma secondo, c.p.).

Infine, l'applicabilità della previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 c.p. solo qualora il nuovo reato sia riconducibile all'elenco dell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. appare maggiormente coerente sotto il profilo del giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità correlati alla qualità del nuovo delitto posto in essere".

³¹⁶ Ad esempio i due benefici sono stati espressamente applicati anche ai recidivi, per i reati contemplati, negli ultimi provvedimenti clemenziali concessi dal Parlamento, rispettivamente d.P.R. 12 aprile 1990, n. 75 e l. 31 luglio 2006, n. 241.

In caso di recidiva reiterata, inoltre, non è ammessa l'oblazione discrezionale (art. 162 *bis* c.p.) e, a partire dal dato letterale, la giurisprudenza ha ritenuto che a tali fini non sia necessario che la recidiva sia giudizialmente dichiarata³¹⁷. In argomento, si è tuttavia rilevato che è rimasto invariato il rinvio all'art. 99 c.p., nonostante ne siano stati modificati i contorni: la conseguenza del mancato coordinamento comporterebbe l'annullamento dell'esclusione operata tramite detto rinvio, dal momento che “*i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99*” sono ormai soltanto quelli relativi alla recidiva reiterata per i delitti non colposi e non più anche per le contravvenzioni³¹⁸.

L'art. 176 c.p. prevede poi al comma 2 che per il soggetto recidivo qualificato il presupposto temporale dei limiti di pena già espiata per l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale è maggiore: devono essere stati scontati almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflitta, anziché almeno trenta mesi e comunque metà della pena comminata. Stante il dato letterale e il riferimento alla “applicazione” della recidiva, la giurisprudenza ritiene che le limitazioni di cui all'art. 176 comma 2 c.p. operino anche quando la recidiva sia stata oggetto del giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti e non abbia comportato un aumento di pena³¹⁹.

Infine, in tema di riabilitazione, a seguito della modifica operata dalla l. 11 giugno 2004, n. 145, l'art. 179 c.p. prevede che questa sia concessa ai recidivi qualificati quando siano decorsi almeno otto anni (contro i tre anni della disciplina ordinaria) dall'esecuzione o dall'estinzione della pena principale. In questo caso, la giurisprudenza si è dimostrata costante nel richiedere che, affinché possa operare la

³¹⁷ Cass. Sez. I, 5 aprile 2006 (ric. Giunta), n. 17316: “Ai fini dell'ammissibilità dell'oblazione speciale di cui all'art. 162 *bis* c.p. non è richiesto che la recidiva reiterata, l'abitudine e la professionalità nelle contravvenzioni siano state giudizialmente dichiarate dal giudice, essendo sufficiente la mera cognizione del magistrato della sussistenza di detti *status*, dal momento l'art. 162 *bis* c.p. subordina la non ammissibilità dell'oblazione al fatto che “ricorrono” i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99 c.p., dall'art. 104 o dall'art. 105 stesso codice, ovvero che permangano le conseguenze dannose o pericolose del reato, eliminabili da parte del contravventore, come si desume dal tenore letterale e logico della disposizione”.

³¹⁸ CORBETTA S., *op. cit.*, p. 86.

³¹⁹ Cass. Sez. I, 9 giugno 2009 (ric. Chiti), n. 26472. Sussiste invece una posizione non univoca in giurisprudenza relativamente alla necessità che la recidiva sia stata dichiarata dal giudice di merito, riflettendo il classico contrasto tra le diverse concezioni di recidiva. Per la necessità della dichiarazione della recidiva ad esempio Cass. Sez. I, 5 marzo 1986 (ric. Pisanu), n. 1225; al contrario, Cass. Sez. I, 9 aprile 1985 (ric. Ferro), n. 969, nonché BERTOLINO M., *op. cit.*, p. 1146.

suddetta disciplina derogatoria, la recidiva debba essere stata dichiarata dal giudice di merito³²⁰.

5.1. *Il concorso formale e il reato continuato.*

La questione dei rapporti tra recidiva continuazione è piuttosto risalente e risultava strettamente connessa al problema della configurabilità della continuazione tra reati già accertati con sentenza irrevocabile e reati contemplati in sentenze non ancora passate in giudicato. Prima della riforma del 1974 la giurisprudenza riteneva compatibili recidiva e continuazione, dal momento che la prima era di applicazione obbligatoria e la seconda possibile anche tra reati giudicati e da giudicare³²¹. Tale orientamento è risultato confermato anche dopo la novella, affermandosi che, nel caso di reato commesso dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna per un reato precedentemente consumato, il riconoscimento della recidiva non rappresenta un ostacolo al contestuale riconoscimento della continuazione ove si accerti la permanenza dell'originario disegno criminoso³²².

³²⁰ Cass. Sez. I, 17 settembre 2008 (ric. Siciliano), n. 36751; Cass. Sez. Un., 23 gennaio 1971 (ric. Piano), n. 2.

³²¹ Cass. Sez. Un., 4 maggio 1968 (ric. Piero), n. 4.

³²² Cass. Sez. Un., 17 aprile 1996 (ric. Zucca), n. 9148: "La verità è che recidiva e continuazione rappresentano istituti autonomi, con struttura e finalità diverse, ma nient'affatto inconciliabili tra loro. La prima tende a punire in maniera più incisiva chi, avendo già violato la legge, persiste nel suo atteggiamento criminoso, commettendo un nuovo reato e dimostrando, in tal guisa, un rafforzamento della deliberazione criminosa e una maggiore pericolosità sociale e costituisce, perciò, una circostanza aggravante di carattere soggettivo in quanto inerisce esclusivamente alla persona del colpevole. Il secondo, invece, attiene al trattamento sanzionatorio unitario, cui va sottoposto il reo per vari illeciti compresi, sin dal primo momento e nei loro elementi essenziali, nell'originario disegno criminoso, in ossequio al principio del "*favor rei*" che deroga a quello del cumulo materiale delle pene. Conseguenze che, sussistendone le condizioni, vanno applicati entrambi praticando, se del caso, sul reato base, prima l'aumento di pena per la recidiva e, quindi, quella per la continuazione."

Nel dibattito successivo alla riforma del 1974 si segnala la posizione, contraria all'orientamento maggioritario della Cassazione, di Ambrosetti che ravvisa un'inconciliabilità tra le ragioni d'essere dei due istituti del sistema penale: "Il regime di pena più favorevole, previsto dall'art. 81 comma 2 c.p., si giustifica per la minore colpevolezza di un soggetto che ha realizzato i singoli illeciti sotto la spinta di un unico impulso delittuoso. Affermare pertanto che l'insensibilità dimostrata dal reo rispetto al motivo inibitorio derivante dalla precedente sentenza di condanna è del tutto conciliabile con il permanere dell'identico disegno criminoso, significa accogliere un'accezione di disegno criminoso in contrasto con la *ratio* sottostante al reato continuato. Il vero è che un disegno criminoso il quale persiste, e anzi si rafforza, anche a fronte di un giudicato di condanna, non può certamente considerarsi sintomatico di una minore colpevolezza del reo". L'autore osserva inoltre una conseguenza criticabile sul piano delle prevenzioni generali poiché "il già condannato che decida, ciò nonostante, di proseguire nel suo programma criminoso, sarebbe consapevole di poter beneficiare, per i successivi reati, di un trattamento sanzionatorio sensibilmente attenuato". AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 146.

A partire dalla novella del 1974, secondo la regola fissata dai primi commi dell'art. 81 c.p., il concorso formale e il reato continuato soggiacciono al regime del cumulo giuridico, trattamento sanzionatorio più mite del cumulo materiale poiché si applica la pena prevista per il reato più grave aumentata fino al triplo, fermo restando il limite del cumulo materiale. La riforma del 2005 sembra aver definitivamente sancito la compatibilità tra continuazione e recidiva anche a livello di diritto positivo: l'art. 5 della legge, infatti, ha aggiunto all'art. 81 c.p. un quarto comma che ne disciplina in modo specifico il rapporto con l'ipotesi di recidiva reiterata, limitando ancora una volta la discrezionalità del giudice, e ha modificato l'art. 671 c.p.p. che vi opera un espresso rinvio³²³. Al fine di assicurare un maggior rigore della risposta sanzionatoria nei confronti dei recidivi reiterati, si restringe anche in questo caso l'ampiezza della valutazione discrezionale del giudice, aggiungendo alla disciplina generale una soglia minima secondo la quale la quantità di pena non può comunque essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, negandosi dunque il trattamento sanzionatorio più mite costituito dal cumulo giuridico delle pene senza soglie minime.

Dopo l'entrata in vigore della legge 251/2005 si è posto il problema se il nuovo quarto comma dell'art. 81 c.p. riguardi i reati, in concorso formale o in continuazione, commessi da soggetti ai quali la recidiva reiterata sia stata applicata prima della commissione dei reati predetti oppure se riguardi i casi in cui la recidiva reiterata viene applicata ai reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p. Si tratta infatti di due situazioni distinte, nell'ambito delle quali la recidiva esprime significati differenti: nel

³²³ Art. 5 legge 251/2005: «All'articolo 81 del codice penale, dopo il terzo comma, è aggiunto il seguente: «Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave». All'articolo 671 del codice di procedura penale, dopo il comma 2, è inserito il seguente: «2-bis. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma, del codice penale»».

Si è ritenuto che la nuova normativa riguarda istituti aventi natura sostanziale e non processuale, anche nel caso in cui si consideri il novellato art. 671 c.p.p. («È vero che nel caso in esame si tratta di disciplina della continuazione applicata in sede esecutiva e cioè quando le condanne sono ormai definitive, però è stato lo stesso legislatore a fare venire meno il "mito" della intangibilità del giudicato attraverso la previsione dell'art. 671 c.p.p., cui pertanto può ritenersi applicabile la disciplina dell'art. 2 c.p., in analogia a quanto previsto per il caso di *abolitio criminis*, posto che, una volta ammesso che la pena può essere rideterminata in sede esecutiva per effetto della continuazione, non può negarsi natura sostanziale all'istituto che lo autorizza anche al di fuori del giudizio di cognizione.» Cass. Sez. I, 8 novembre 2006 (ric. Schiatti), n. 37536), e, trattandosi di disciplina sfavorevole per l'imputato, essa è irretroattiva e richiede dunque per la sua applicazione che tutti i reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p. siano stati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge (Cass. Sez. I, 27 febbraio 2008 (ric. Mosca), n. 13788). In dottrina, tra gli altri, DE NICOLA A., *Primi problemi applicativi della legge "ex Cirielli"*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 4, p. 509.

primo caso lo stato di recidiva assume rilevanza per due volte ai medesimi fini commisurativi ma in ordine a fatti e condanne diverse, nel secondo caso invece la recidiva viene valutata due volte agli stessi fini commisurativi e in ordine agli stessi fatti ritenuti in una stessa sentenza di condanna. La prima interpretazione risulterebbe confermata dal tenore letterale della norma e dal fatto che la legge del 2005 ha contestualmente modificato l'art. 671 c.p.p., introducendo un espresso richiamo alla disposizione in esame, altrimenti superfluo; inoltre in tal modo la disciplina complessiva non costituirebbe una violazione del principio del *ne bis in idem*³²⁴. Nell'ipotesi della seconda interpretazione, invece, dal momento che nello stesso ambito si procederebbe tanto al calcolo della continuazione, quanto al riconoscimento della recidiva reiterata, quest'ultima verrebbe a incidere due volte nella determinazione del trattamento sanzionatorio. Complessivamente la norma ha sollevato delle perplessità in relazione all'opportunità della connessione tra il meccanismo di determinazione del trattamento sanzionatorio nel reato continuato e l'aumento di pena per la recidiva, rispetto ai quali si è contestata l'eterogeneità dei compiti e che «da questa arbitraria e immotivata commistione di ambiti funzionali diversi scaturisce, non solo la dubbia apprezzabilità della modifica introdotta, bensì la sua stessa ingestibilità applicativa»³²⁵.

Dal punto di vista della dottrina, quindi, nessuna delle due interpretazioni pare pienamente e univocamente convincente; la giurisprudenza appare, allo stesso modo, divisa su più aspetti. In primo luogo emerge la questione della compatibilità stessa tra continuazione e recidiva, ossia la discussione intorno alla possibilità che si possa tenere conto della recidiva dopo aver ritenuto la continuazione tra il reato per cui sia pronunciata sentenza passata in giudicato e quello successivo, oggetto di ulteriore giudizio. Se in alcune recenti pronunce la Cassazione non rileva alcuna

³²⁴ PISTORELLI L., *op. cit.*, p. 66; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina, cit.*, p. 185. In BARTOLI R., *Commento all'art. 5 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 460, si rileva tuttavia che tale interpretazione risulta avere un fondamento soltanto rispetto all'istituto del reato continuato, poiché lo stato di recidivo può eventualmente incidere sull'*unica deliberazione* in cui consiste il "medesimo disegno criminoso", ma non al concorso formale di reati, in cui è solo la manifestazione della deliberazione che si configura come unica, non anche la sua formazione. "La *ratio legis* del concorso formale va quindi individuata non sotto il profilo della soggettiva formazione della deliberazione criminosa, ma in ordine alla sua manifestazione mediante un'unica condotta e quindi sul piano meramente oggettivo. Ma se le cose stanno così, lo stato (soggettivo) di recidivo non sembra essere in grado di incidere sul minor disvalore del concorso formale".

³²⁵ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina, cit.*, p. 185; ugualmente PISTORELLI L., *op. cit.*, p. 66.

incompatibilità tra i due istituti³²⁶, in un'altra pronuncia la Corte ha affermato l'impossibilità di tenere conto della recidiva una volta che sia riconosciuta la continuazione, dal momento che i due istituti presentano sostanziali differenze strutturali e concettuali «di modo che se si ritiene la continuazione tra reati, in quanto momenti di un'unica condotta illecita caratterizzata dalla reiterazione di diversi episodi delittuosi, consumati in attuazione di medesimo disegno criminoso, non può ritenersi contemporaneamente la recidiva per gli episodi successivi al primo, essendo i due istituti in assoluta antitesi in quanto la recidiva valorizza la speciale proclività a delinquere espressa dalla reiterazione di reati consumati in piena autonomia rispetto a vicende pregresse, mentre la continuazione elide proprio la suddetta autonomia, collegando con il suo peculiare nesso ed unificandoli i diversi episodi criminosi»³²⁷.

Relativamente alla questione, di cui sopra, dell'ambito di applicazione dell'aumento della pena del delitto più grave previsto al comma quarto dell'art. 81 c.p., la giurisprudenza più recente sembra adottare l'interpretazione più restrittiva, affermandosi che «l'aumento minimo di un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81 comma quarto c.p., si applica solo quando l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva, e non anche quando egli sia stato ritenuto recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione»³²⁸. Vi sono tuttavia sentenze che sostengono l'opposta interpretazione, sottolineando che il limite minimo di aumento della pena va riferito all'aumento complessivo per la continuazione e non invece alla misura di ciascun aumento successivo al primo.³²⁹

³²⁶ Cass. Sez. V, 2 luglio 2013, n. 41881: «Devesi, in contrario, osservare che, nel caso di reato commesso dopo il passaggio in giudicato di sentenze di condanna per reati in precedenza consumati, il riconoscimento della recidiva non è di ostacolo al contestuale riconoscimento della continuazione, ove si accerti la permanenza dell'identico disegno criminoso. La recidiva opera, infatti, soltanto relativamente ai reati commessi dopo una sentenza irrevocabile di condanna e il fatto che l'agente abbia persistito nella condotta criminosa nonostante la contropinta psicologica costituita dalla precedente condanna è conciliabile con il permanere dell'originario disegno criminoso». Allo stesso modo ad esempio Cass. Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37759 e Cass. Sez. I, 13 marzo 2008, n. 14937.

³²⁷ Cass. Sez. V, 11 novembre 2010, n. 5761.

³²⁸ Cass. Sez. I, 1 luglio 2010 (ric. Samuele), n. 31735. Dello stesso tenore anche Cass. Sez. I, 22 aprile 2010 (ric. Caniello), n. 17928.

³²⁹ Cass. Sez. F., 4 settembre 2008, n. 37482: «Quanto infine all'applicazione dell'aumento nel caso di più reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p., comma 4, la Corte osserva che l'art. 81 c.p., comma 4, richiamato dall'art. 671 c.p.p., comma 2 *bis*, fa già riferimento a "più reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave" prevedendo che in tal caso "l'aumento della quantità di pena" non possa essere "comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave", lasciando intendere, in base ad un'interpretazione letterale, che il limite minimo debba riferirsi all'aumento

La Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 81 comma 4 c.p., censurato in riferimento agli artt. 3, 25 comma 2 e 27 della Costituzione, nella parte in cui prevede, rispetto ai recidivi reiterati, l'aumento minimo di pena per la continuazione pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave. La Corte, inoltre, pur rilevando che il giudice *a quo* non aveva sperimentato una diversa soluzione interpretativa, non esclude la correttezza dell'interpretazione del comma 4 dell'art. 81 c.p., che ritiene la disposizione applicabile ai casi in cui la recidiva reiterata si riferisce ai reati unificati sotto il vincolo della continuazione.

Infine, un ulteriore aspetto controverso a proposito del reato continuato si è delineato tra le pronunce che ritengono che il limite minimo di aumento non sia applicabile quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, escludendo quindi in relazione ad essi una ricaduta effettiva sull'entità della pena³³⁰, e differenti occasioni in cui la Corte ha sostenuto che il limite minimo opera anche quando il giudice abbia considerato la stessa recidiva, ad esempio, equivalente alle attenuanti, non procedendo pertanto all'aggravamento della pena³³¹.

In ambito processuale è stato introdotto come elemento di novità il comma 2 *bis* all'art. 671 c.p.p., al fine di rendere applicabile la nuova disposizione prevista dall'art. 81 comma 4 c.p. anche in fase esecutiva. La disciplina configurata per il concorso formale e per il reato continuato trova applicazione anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, il legislatore ha dunque ritenuto ragionevole renderla uniforme in modo da evitare che il limite di aumento più severo risultasse applicabile solo nella fase della cognizione e non anche in quella dell'esecuzione. L'art. 671 c.p.p.

complessivo per la continuazione, come peraltro all'aumento complessivo fa sicuramente riferimento il limite massimo (triplo della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave) previsto in caso di concorso formale o di reato continuato dai primi due commi dell'art. 81 c.p. [...] Se attraverso la disposizione della L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 5, che ha modificato l'art. 81 c.p., aggiungendo il comma 5, il legislatore ha indubbiamente inteso rendere ancora più incisivo il trattamento sanzionatorio per i soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p., comma 4, l'interpretazione della norma non può prescindere, a parere della Corte, dalle finalità, sempre riconosciute, dell'istituto della continuazione". Similmente, Cass. Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16766; Cass. Sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5478.

³³⁰ Cass. Sez. V, 24 gennaio 2011, n. 9636; Cass. Sez. III, 7 ottobre 2009, n. 46449: "Nella fattispecie invece la recidiva di cui al comma 4, ancorché contestata, non è stata applicata per la ritenuta modesta entità del fatto ascritto al prevenuto. Quindi l'aumento per la continuazione poteva essere contenuto in misura inferiore al terzo".

³³¹ Ad esempio, Cass. Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 25082; Cass. Sez. V, 7 giugno 2013, n. 48768; Cass. Sez. F., 11 settembre 2014, n. 53573.

stabilisce l'applicazione del cumulo giuridico nei confronti del soggetto condannato e dichiarato recidivo reiterato: il giudice dell'esecuzione, per effetto del nuovo comma 2 *bis*, è dunque tenuto, nell'attuare la norma di cui all'art. 81 c.p., ad operare l'aumento non inferiore ad un terzo della pena inflitta per il reato più grave, fermo restando l'invalidabile doppio limite rappresentato dal doppio della pena inflitta per il reato più grave e dal rispetto del cumulo materiale³³².

5.2. *La prescrizione.*

Il secondo asse dell'intervento normativo del 2005 è costituito dalla prescrizione, ma è stato realizzato sulla base di una logica molto differente di quella a cui si può ricondurre la *ratio* della riforma della recidiva. L'ottica della nuova disciplina della prescrizione, introdotta con l'art. 6 della legge 251/2005³³³, risponde alla finalità di abbreviarne i tempi e, di conseguenza, all'intenzione di soddisfare il principio di ragionevole durata del processo e di contenere la discrezionalità giudiziale³³⁴: il tempo necessario a prescrivere è stabilito come fisso ed è pari al massimo della pena edittale e comunque non inferiore a sei anni in caso di delitti, tale termine inoltre non può prolungarsi oltre un quarto per effetto di atti interruttivi³³⁵.

³³² CORBETTA S., *op. cit.*, p. 85.

³³³ Art. 6, primo comma: "L'articolo 157 del codice penale è sostituito dal seguente: «Art. 157 - (Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere). – La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante.

Non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma.

Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e la pena pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva. Quando per il reato la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni.

I termini di cui ai commi che precedono sono raddoppiati per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo e terzo comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato.

La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti»".

³³⁴ La *ratio* della riforma della prescrizione è stata tuttavia criticata, ad esempio in DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, *op. cit.*

³³⁵ Art. 6, quinto comma: "All'articolo 161 del codice penale, il secondo comma è sostituito dal seguente: «Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della

Per la determinazione dei tempi necessari a prescrivere non si tiene di fatto conto degli effetti delle circostanze di reato, salvo che si tratti di circostanze ad effetto speciale o di circostanze per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria, e non si procede al giudizio di comparazione delle circostanze *ex art.* 69 c.p. Sono tuttavia previste molteplici eccezioni alla c.d. “prescrizione breve”: ad esempio sono raddoppiati i termini di prescrizione per i delitti dolosi caratterizzati da elevato allarme sociale di cui al sesto comma dell’art. 157 c.p. e sono fortemente innalzati i limiti al prolungamento dei termini derivante da atti interruttivi nei confronti di alcune ipotesi di soggetti recidivi e dei delinquenti abituali e professionali (art. 161 comma 2 c.p.)³³⁶.

Il decorso del tempo è valutato dall’ordinamento in modo diverso in relazione all’istituto della prescrizione e a quello della recidiva. Rispetto alla prescrizione esso agisce *pro reo*, al fine di far prevalere il venir meno dell’interesse collettivo all’accertamento della responsabilità e quindi delle esigenze di prevenzione generale. In merito alla recidiva, invece, il tempo non esercita alcun effetto estintivo e, anzi, i precedenti del reo ne condizionano i comportamenti futuri, dal momento che una condanna anche remota, relativa a reati di per sé suscettibili di passare in prescrizione, è in grado di produrre effetti sull’avvenire in modo perpetuo, indipendentemente dalla tipologia del reato commesso e dall’intervallo cronologico tra le condotte delittuose. La prescrizione e la recidiva dunque, benché facenti capo a due logiche opposte, rappresentano le “due anime” della legge *ex Cirielli* e proprio la scelta del legislatore di collegare funzionalmente la prescrizione a figure soggettive di pericolosità ha, secondo la dottrina, determinato un «cortocircuito politico-criminale

metà nei casi di cui all’articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all’articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105».

³³⁶ Il regime delle eccezioni alla disciplina ordinaria della prescrizione ha sollevato diverse critiche in dottrina, in modo particolare in relazione alla contestata “approssimazione” che avrebbe guidato il legislatore nella scelta delle fattispecie da ricomprendervi. SCALFATI A., *op. cit.*, p. 38: “Se si pensa che l’istituto risponda solo all’esigenza di spingere l’apparato normativo a contenere i tempi della giustizia penale, l’aumento dei termini per fattispecie determinate (o determinabili) si giustifica con la presunta difficoltà del loro accertamento; così ragionando, tuttavia, il legame tra i tempi di prescrizione e le complessità ricostruttive in sede giudiziaria non serve a spiegare una più estesa cronometria anche verso chi rivela un connotato schiettamente soggettivo di pericolosità”. Nello stesso senso anche PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni, cit.*, p. 35 e DOLCINI E., *Le due anime della legge “ex Cirielli”, op. cit.*: “Domando allora: se si coltiva la pretesa che tempi brevi per la prescrizione siano garanzia di un processo celere, e dunque di efficienza della giustizia penale, perché mai, in quella logica, rinunciare ad una giustizia efficiente, o più efficiente, proprio in una sfera di criminalità connotata da un forte allarme sociale?”.

dagli effetti perversi»³³⁷. È stato infatti criticamente rilevato che la prescrizione, attenendo alla memoria dell'ordinamento, dovrebbe restare indifferente al profilo criminale dell'autore del reato e a valutazioni collegate all'allarme sociale e operare seguendo riferimenti oggettivi, contrariamente al sistema creato dalla legge 251/2005, che invece ha collocato gli istituti in esame in una «dimensione relativistica di marca soggettiva, che accentua, in modo selettivo, l'interesse alla repressione di fatti anche remoti nel tempo, quando l'autore ha alle spalle una carriera criminale che giunge al traguardo della recidiva e segnatamente di quella reiterata ovvero approda alla dichiarazione di abitudine e professionalità nel reato»³³⁸.

Il legislatore del 2005 ha dunque previsto, nei casi in cui il destinatario della sanzione penale sia un soggetto recidivo aggravato o reiterato, una duplice deroga alle nuove regole generali in materia di prescrizione del reato, in modo che alle relative responsabilità non venissero applicati i rinnovati termini di estinzione del reato, ritenuti eccessivamente celeri per le ipotesi in questione. In primo luogo, ai sensi dell'art. 157 comma 2 c.p., pur nel quadro della disciplina riformata che ha escluso la rilevanza delle circostanze ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere, la recidiva, nei casi in cui si qualifichi come circostanza ad effetto speciale (quindi per tutte le ipotesi tranne la recidiva semplice), incide sul termine prescrizionale ordinario, obbligando ad operare un aggravio pari al massimo dell'aumento di pena previsto per l'aggravante³³⁹. La seconda deroga riguarda invece gli effetti degli atti interruttivi sul tempo necessario a prescrivere il reato: a norma dell'art. 161 comma 2 c.p. il termine massimo del prolungamento della prescrizione ordinariamente corrisponde a un quarto del tempo necessario a prescrivere, ma diventa della metà in caso di recidiva aggravata e di due terzi in caso di recidiva reiterata. La giurisprudenza successiva alla riforma del 2005 appare infine divisa tra chi sostiene che ai fini della determinazione del termine prescrizionale non rilevi l'effettiva applicazione della recidiva, essendone sufficiente la dichiarazione, e chi, invece, sostiene che se il

³³⁷ GIUNTA F., *Commento all'art. 6 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 475. Della medesima opinione, tra gli altri, PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 35; DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, op. cit..

³³⁸ GIUNTA F., *Commento all'art. 6 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 475.

³³⁹ La stessa lettura è fornita dalla giurisprudenza: ad esempio, Cass. Sez. V, 24 marzo 2009, n. 22619 e Cass. Sez. V, 7 giugno 2010, n. 35852.

giudice decide di escludere la circostanza aggravante, questa non può essere considerata ai fini della prescrizione³⁴⁰.

In conclusione, le modifiche apportate dalla legge *ex Cirielli* relativamente alla connessione tra prescrizione e recidiva sono state nettamente contestate dalla dottrina che vi ha ravvisato i canoni tipici del diritto penale d'autore dove vengano collegati i differenti aumenti dei termini di prescrizione e interruzione non tanto alla gravità oggettiva del fatto, quanto allo *status* soggettivo dell'imputato³⁴¹, portando di conseguenza a irragionevoli disparità di trattamento, ad esempio nel caso di concorso di persone nel reato o di differenti realtà processuali, e alla consistente severità del risultato sanzionatorio nei confronti dei soggetti recidivi aggravati e reiterati, sui quali la circostanza di cui all'art. 99 c.p. grava due volte.

5.3. Il “patteggiamento allargato”.

A seguito della riforma del 2005, è rimasto complessivamente invariato l'impatto della configurazione della recidiva sugli istituti del rito penale: le novità introdotte, infatti, non interferiscono con le regole secondo cui non si tiene conto dell'aumento di pena per la recidiva ai fini della determinazione della competenza (art. 4 c.p.p.) e dell'applicazione delle misure cautelari (art. 278 c.p.p.), in materia di arresto e di fermo (art. 379 c.p.p.) e di computo dei termini di custodia cautelare (art. 303 c.p.p.).

Le uniche controversie sono state rilevate in relazione al coordinamento tra l'art. 99 c.p. e la norma di cui all'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p., introdotto con la l. 12 giugno 2003, n. 134, che prevede il cd. “patteggiamento allargato”: La soglia sanzionatoria per l'accesso al rito speciale dell'applicazione della pena su richiesta delle parti è stata infatti elevata fino a cinque anni di pena detentiva³⁴², ma sono state

³⁴⁰ Rispettivamente Cass. Sez. II, 21 ottobre 2008, n. 40978 e Cass. Sez. VI, 7 ottobre 2010, n. 43771.

³⁴¹ RICCARDI G., *op.cit.*, p. 530.

³⁴² Art. 444 commi 1 e 1 bis c.p.p.: “1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

1 bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600 bis, 600 ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600 quater, secondo comma, 600 quater 1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600 quinquies, nonché 609 bis, 609 ter, 609 quater e 609 octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano

contemporaneamente previste delle cause di esclusione di natura oggettiva, relativamente a determinati delitti espressamente indicati, e di natura soggettiva. Queste ultime riguardano alcune tipologie delinquenziali e, sulla base di una logica di difesa sociale di tipo specialpreventivo, non possono in particolare accedere al rito speciale i soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 105 e 108 c.p.) e i recidivi reiterati *ex art.* 99 comma 4 c.p.

In questo caso dunque, l'ulteriore effetto penale della recidiva reiterata non è stato introdotto tramite la legge *ex Cirielli*, ma anche in questo caso si è posto il costante problema se la preclusione riguardi esclusivamente coloro che, al momento della definizione del rito, siano già stati formalmente dichiarati recidivi reiterati in una precedente condanna, oppure anche solo che siano soltanto nelle condizioni di essere dichiarati tali, in riferimento al certificato del casellario giudiziale. In dottrina si è sostenuto che la formula impiegata dalla norma indicherebbe che la preclusione soggettiva non riguarda coloro che dovrebbero essere dichiarati recidivi in occasione dell'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., bensì soltanto coloro nei cui confronti la dichiarazione di recidiva sia stata adottata in una precedente sentenza di condanna³⁴³.

Il quadro giurisprudenziale risulta invece contrastante: secondo una parte delle pronunce della Cassazione, infatti, per configurare le ipotesi di esclusione dal "patteggiamento allargato" è sufficiente che la recidiva reiterata sia stata semplicemente contestata dal Pubblico Ministero³⁴⁴, altra parte della giurisprudenza ha invece affermato che non possa ritenersi sufficiente che dal certificato penale emerga una situazione integrante la recidiva reiterata, ma è necessario che la recidiva reiterata sia già stata oggetto di specifica dichiarazione in una sentenza precedente³⁴⁵.

stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

³⁴³ PUCETTI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di RONCO M., vol. III, Bologna, 2006, p. 172.

³⁴⁴ Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2008 (ric. Ogana), n. 48477: "ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del "patteggiamento", secondo quanto previsto dall'art. 444 c.p.p., comma 1 bis, è sufficiente che essa sia stata contestata, in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "dichiarazione" al quale si richiama la suddetta disposizione normativa per individuare, oltre alla recidiva, anche le altre situazioni soggettive alle quali esso più propriamente si attaglia, costituite dalla condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza". Analogamente anche Cass. Sez. II, 4 dicembre 2006 (ric. Cicchetti), n. 1097.

³⁴⁵ Cass. Sez. VI, 16 settembre 2004 (ric. Bonfanti), n. 39238: "Nè può rilevare che dal suo certificato penale emerga, secondo quanto deduce il P.G., una situazione riportabile alla recidiva ex comma 4^o art. 99 c.p., posto che il comma 1^o bis dell'art. 444 c.p.p. fa riferimento, ai fini della preclusione "de qua", a una specifica declaratoria della recidiva stessa, che ne presuppone la rituale contestazione e, del

La questione è stata anche oggetto della già menzionata pronuncia delle Sezioni Unite n. 35738 del 2010, che, pur non ravvisando un reale conflitto interpretativo intorno alla materia, ha aderito all'interpretazione secondo la quale, ai fini dell'interdizione al "patteggiamento allargato", non occorre una pregressa dichiarazione della recidiva reiterata, che, in quanto circostanza aggravante, per poter produrre tutti i suoi effetti deve essere ritenuta in concreto. Il giudice, affinché si produca l'effetto preclusivo di cui all'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p., deve infatti riconoscere che il fatto che determinerebbe la recidiva sia effettivamente espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo e, di conseguenza, non escludere la circostanza. La Corte ha motivato la propria argomentazione chiarendo che il legislatore utilizza la formula "soggetti *dichiarati* recidivi" non per indicare che sia effettivamente necessaria una pregressa pronuncia giudiziale dichiarativa, ma per mere ragioni di semplificazione semantica, dal momento che nell'individuare coloro che non sono ammessi al rito semplificato effettua, per ragioni di esposizione, un accorpamento tra l'ipotesi di recidivo reiterato e le tre figure di delinquente qualificato che, al contrario della recidiva in generale, esigono una dichiarazione giudiziale attributiva della specifica condizione, pronunciata dal giudice di cognizione con la sentenza di condanna oppure dal magistrato di sorveglianza³⁴⁶. Da ultimo, è stato notato che la Corte non affronta il problema se la recidiva debba anche essere applicata per poter produrre l'effetto preclusivo: la spiegazione si rinviene nel fatto

resto, in via generale, la necessità di specifica contestazione in tema di recidiva ricorre non solo per procedere a una maggiorazione della pena, ma altresì in qualsiasi ipotesi in cui dalla qualità in questione derivi nel processo di cognizione uno svantaggio giuridicamente apprezzabile"; più recentemente Cass. Sez. I, 13 novembre 2008 (ric. Manfredi), n. 1007 e Cass. Sez. I, 11 febbraio 2014 (ric. Ejjabri), n. 23643.

³⁴⁶ Cass. Sez. Un., 27 maggio 2010 (ric. Calibè), n. 35738: "la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame (*«coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale»*) non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico status (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. [...] Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, quarto comma, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 *bis* c.p.p."

che l'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p. fa riferimento alla recidiva reiterata che, ai sensi dell'art. 69 comma 4 c.p., non può essere dichiarata subvalente rispetto alle attenuanti concorrenti, di modo che al suo riconoscimento consegue necessariamente l'applicazione³⁴⁷.

La Corte Costituzionale ha più volte dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p., nella parte in cui esclude l'applicabilità del “patteggiamento allargato” ai recidivi reiterati, sollevate per lo più in relazione all'art. 3 della Costituzione. La scelta del legislatore di stabilire delle preclusioni relativamente a certi reati, la cui pena non sarebbe di per sé ostativa al rito, e a determinate situazioni soggettive è giudicato il frutto di una scelta discrezionale e non arbitraria del legislatore, che, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, ha ritenuto di escludere che in tali ipotesi «le esigenze di economia processuale prevalgano su un quella di un vaglio completo del fondamento dell'accusa»³⁴⁸.

6. Recidiva ed esecuzione della pena.

Un tratto unificante delle numerose modifiche apportate dalla legge 251/2005 consiste nell'intento di ridurre gli spazi di discrezionalità giudiziale nell'ambito dell'attività di commisurazione della pena e tale indirizzo ha trovato applicazione anche relativamente alle novità introdotte nello specifico settore dell'esecuzione penale e penitenziaria. Le implicazioni della legge *ex Cirielli* in tale materia, infatti, si sono realizzate attraverso interventi modificativi sul codice di procedura penale e sull'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354), complessivamente rivolti alla figura del recidivo reiterato, al quale viene precluso o

³⁴⁷ PIFFER G., *cit.*, p. 30.

³⁴⁸ C. Cost., 13 dicembre 2006, n. 455. Dello stesso tenore anche la precedente pronuncia C. Cost., 13 dicembre 2004, n. 421, la quale ha ritenuto che “risulta pertanto coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale che il legislatore, nell'ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, abbia previsto specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e, dall'altro, sono imputati di reati che – ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento – rivestono non trascurabile gravità, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni”, a maggior ragione alla luce del fatto che “il legislatore pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato – e meno favorevole – rispetto alla posizione del soggetto incensurato, e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva”.

reso più gravoso l'accesso ad alcuni benefici e opportunità trattamentali riconosciuti ai condannati.

Il profilo esecutivo della riforma del 2005 appare dunque coerente con l'impostazione complessiva della legge, ma ha condotto a opinioni ancora più critiche della dottrina, che ha in primo luogo osservato come la limitazione della discrezionalità giudiziale presenti degli indiscutibili profili di incompatibilità soprattutto con la materia dell'esecuzione della pena, che necessita di una puntuale operazione di individualizzazione del trattamento alle caratteristiche del singolo condannato al fine di attuare le migliori condizioni per il reinserimento sociale³⁴⁹. La legge *ex Cirielli* si inserisce in una successione di interventi normativi connotati da un «pendolarismo tra il permissivo e il restrittivo»³⁵⁰ del legislatore, che ha assecondato differenti sensibilità nell'approccio alla materia penitenziaria. Brevemente, infatti, la legge n. 354 del 1975, con cui veniva per la prima volta data formale attuazione ai principi costituzionali della finalità rieducativa della pena e venivano introdotte le misure alternative alla detenzione, ha subito nel corso del tempo molteplici modifiche, determinate soprattutto da particolari situazioni contingenti. Se con la legge "Gozzini", n. 663 del 1986, si è inteso implementare i principi innovatori previsti con la legge sull'ordinamento penitenziario attraverso principalmente la riaffermazione del principio dell'individualizzazione del trattamento rieducativo, la garanzia del controllo giurisdizionale sull'esecuzione penale e la rilevanza delle misure alternative alla detenzione, agli inizi degli anni '90 si assiste, invece, a interventi normativi³⁵¹ volti a ridimensionare l'ambito applicativo di tutti gli istituti premiali previsti nel 1975, con specifica attenzione ai condannati per reati di criminalità organizzata e di elevato allarme sociale, per infine realizzarsi un nuovo avvicinamento al garantismo con la legge "Simeone", n. 165 del 1998, con cui si sono previsti strumenti per agevolare l'accesso alle misure alternative e conseguire un effetto deflativo nella popolazione carceraria limitando il ricorso alla detenzione per l'espiazione di pene particolarmente brevi. La legge *ex Cirielli* si iscrive dunque in tale fenomeno come reazione di chiusura da parte del legislatore in occasione di un ritorno di allarme sociale dovuto all'incremento degli episodi criminali.

³⁴⁹ MARTINI A., *Commento agli artt. 7, 8 e 9 l. 5-12-2005 n. 25*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 478.

³⁵⁰ BRUNETTI C., *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/05 (c.d. ex legge Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3, Ministero della Giustizia, 2006.

³⁵¹ D.l. 13 maggio 1991, n. 152 e d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

Intorno alla figura della recidiva reiterata si è costruito, anche in questo caso, un sistema “a doppia velocità”: nell’ordinamento si era già consolidato, in relazione ai fenomeni criminali della criminalità organizzata e del terrorismo, un meccanismo di differenziazione esecutiva³⁵² in base al quale la severità del regime è graduata in ragione di valutazioni di pericolosità, desumibile in modo particolare dalla gravità dei fatti di reato, a fronte però della previsione, in ottica premiale, della possibilità di una successiva valutazione favorevole che apra lo spazio a un processo di differenziazione di segno opposto³⁵³. Si è osservato, dunque, che prima della legge *ex* Cirielli la categoria della pericolosità in ambito esecutivo non era orientata a valutazioni prognostiche di non ricaduta nel reato, né consisteva unicamente nella neutralizzazione selettiva degli autori di particolari reati; il processo di differenziazione per pericolosità criminale introdotto dalla normativa sulla recidiva è costruito invece sui diversi presupposti di una presunzione di pericolosità connessa alla sola ricaduta nel delitto giudizialmente accertata e l’irrilevanza, ai fini di una riconsiderazione della pericolosità, della condotta del condannato in fase esecutiva³⁵⁴.

Le scelte del legislatore del 2005 in materia esecutiva sono state dunque giudicate irragionevoli sia perché, per quanto riguarda le opportunità trattamentali e rieducative, finiscono per porre concretamente sullo stesso piano autori di reati connotati da livelli di gravità molto diversi, sia perché risultano essere in contrasto con la funzione che incontrovertibilmente era stata assegnata dall’ordinamento all’esecuzione penitenziaria³⁵⁵.

³⁵² Il primo profilo, prettamente penitenziario, di differenziazione sulla base della pericolosità fa riferimento al regime di sorveglianza particolare di cui all’art 14 *bis* ord. pen., il secondo, attinente invece trasversalmente a tutto l’ambito dell’esecuzione rinvia agli articoli 4 *bis*, 41 *bis* e 58 *ter* ord. pen.

³⁵³ PAVARINI M., *La nuova disciplina della recidiva*, www.ristretti.it, 2006.

³⁵⁴ PAVARINI M., *La nuova disciplina della recidiva*, *cit.*, che infatti si esprime nei termini di “marchio indelebile”. La medesima lettura di tale aspetto è fornita in FIORIO C., *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 3, p. 315: “ Il doppio binario penitenziario, consolidatosi al fine di isolare i vertici delle associazioni criminali, costringendoli ad un’utile collaborazione, è stato divaricato sino a comprendere i c.d. recidivi reiterati, soggetti che, già recidivi, commettono un ulteriore delitto non colposo. Ora, se per i condannati per gravi delitti associativi la “restituzione” dei benefici carcerari è strettamente parametrata al sinallagma *do ut des*, lo stesso non avviene nei confronti di chi delinque più d’una volta. Il *surplus* sanzionatorio è finalizzato, in quest’ultimo caso, a soddisfare esclusivamente istanze retributive e repressive e non, invece, a delineare più efficaci tattiche di contrasto”.

³⁵⁵ Il sistema dell’esecuzione penale e penitenziaria risultante dalle modifiche apportate dalla legge *ex* Cirielli è uno degli ambiti in cui maggiormente si sono susseguiti, in seguito al 2005, interventi correttivi da parte della giurisprudenza e dello stesso legislatore; per le singole modifiche e la disciplina degli istituti che seguono ad oggi in vigore si veda il par. 4 del capitolo III.

Le norme ridisegnate ineriscono all'intero percorso dell'esecuzione della pena detentiva: dalla fase di ingresso in istituto (modifica dell'art. 656 c.p.p.), a quella delle modalità della detenzione in relazione all'ottenimento dei permessi premio a, infine, quella del ricorso a misure alternative al carcere.

6.1. Il divieto della sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi ex art. 656 comma 9 c.p.p.

Sull'art. 656 c.p.p. era in primo luogo intervenuta la legge Simeone che, introducendo i commi dal 5 al 10, aveva introdotto la procedura di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive contestualmente alla sua emissione da parte del Pubblico Ministero che procede, nei casi in cui la pena da eseguire non sia superiore a tre anni, o quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47 *ter* comma 1 ord. pen., o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309. La sospensione ha durata di trenta giorni durante i quali il condannato può presentare l'istanza di richiesta di una misura alternativa: la *ratio* perseguita dall'istituto è, dunque, da un lato una finalità di “decarcerizzazione”, dall'altro di evitare la privazione della libertà e la permanenza nell'istituto penitenziario a persone che, in astratto, sono in possesso dei presupposti per fruire delle misure alternative. Si erano anche previste due ipotesi di esclusione: nei confronti dei soggetti che per il medesimo fatto risultano già sottoposti alla custodia cautelare in carcere, rispetto ai quali evidentemente non sussiste la necessità di prevenire gli effetti desocializzanti del carcere, e nei confronti dei soggetti condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., che fornisce un elenco di reati gravi rispetto ai quali il legislatore ha ritenuto di privilegiare l'obiettivo di neutralizzazione.

L'art. 9³⁵⁶ della legge *ex* Cirielli aggiunge alle suddette ipotesi un'ulteriore causa di esclusione legata allo *status* di recidivo reiterato, il quale, pur non essendo, a

³⁵⁶ Art. 9 l. 251/2005: “1. All'articolo 656 del codice di procedura penale, il comma 9 è sostituito dal seguente: «9. La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta:

a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni;

b) nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva;

c) nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale»”.

differenza del condannato per un reato *ex 4 bis* ord. pen., di per sé incapace di accedere alle misure alternative, avrà la possibilità di proporre la relativa istanza solo dallo stato di detenzione. La giurisprudenza ha inoltre sostenuto che, da un lato, al fine di precludere la sospensione dell'ordine di esecuzione, la recidiva reiterata deve essere applicata, cioè non è sufficiente che sia stata soltanto contestata, ma la circostanza deve essere stata effettivamente valutata dal giudice in quanto aggravante soggettiva³⁵⁷, dall'altro lato, che il divieto di cui all'art. 656 comma 9 c.p.p. non opera se la recidiva prevista all'art. 99 comma 4 c.p. è stata ritenuta in una sentenza diversa da quella in esecuzione³⁵⁸.

La legge *ex Cirielli* aveva inoltre introdotto l'art. 94 *bis* nel d.P.R. 309/1990 con cui si stabiliva che la sospensione dell'esecuzione della pena inflitta per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza e l'affidamento in prova nei confronti di persona che abbia in corso un programma di recupero sociale potessero essere concessi a soggetti cui era stata applicata la recidiva reiterata solo se la pena detentiva da eseguire non avesse superato i tre anni e comunque per una sola volta³⁵⁹. Tale disposizione avrebbe avuto un significativo impatto, non da ultimo in termini di sovraffollamento carcerario, e fu infatti presto abrogata dal d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, al fine anche di tutelare dagli effetti nocivi che potrebbe comportare l'incarcerazione i soggetti che abbiano intrapreso un programma terapeutico. La sospensione quindi può essere concessa ai condannati, anche recidivi reiterati, che abbiano in corso un programma terapeutico nei casi in cui l'interruzione del programma possa pregiudicare la disintossicazione, il P.M. inoltre è tenuto a stabilire controlli per accertare che il soggetto prosegua il programma di recupero fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza in merito alla concessione della misura alternativa.

³⁵⁷ Cass. Sez. V, 26 aprile 2010 (ric. Musci), n. 21603.

³⁵⁸ Cass. Sez. I, 30 gennaio 2007 (ric. Lebiati), n. 8152.

³⁵⁹ Art. 8 legge 251/2005: "1. Dopo l'articolo 94 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è inserito seguente:

«Art. 94-bis - (Concessione dei benefici ai recidivi). – 1. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e l'affidamento in prova in casi particolari nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente, cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, possono essere concessi se la pena detentiva inflitta o ancora da scontare non supera i tre anni. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e l'affidamento in prova in casi particolari nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente, cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, possono essere concessi una sola volta».

6.2. La disciplina restrittiva per l'accesso alle misure alternative alla detenzione.

La norma su cui si incardina l'intervento della legge *ex* Cirielli in materia di esecuzione penale è l'art. 7 con il quale viene introdotto per i recidivi reiterati un sistema più gravoso di accesso ai benefici premiali e alle misure alternative alla detenzione. Le disposizioni che investono l'ordinamento penitenziario sono accomunate dal presupposto per cui la recidiva *ex* art. 99 comma 4 c.p. deve essere stata dichiarata e dunque riconosciuta dal giudice in sentenza, indipendentemente dall'eventuale bilanciamento, che peraltro per la fattispecie in questione rimane ammesso nei limiti dell'equivalenza del nuovo art. 69 comma 4 c.p.

a) I nuovi limiti di cui all'art. 58 quater ord. pen.

L'art. 58 *quater* ord. pen. nasce dalla legislazione degli anni '90³⁶⁰ che, in contrasto con il principio ispiratore della legge Gozzini in merito alle presunzioni legali di pericolosità, introdusse nell'ordinamento penitenziario delle previsioni che tenendo conto della pericolosità del condannato, desumibile dalla pena irrogata dal giudice, dalla natura del reato commesso e dal comportamento tenuto dal soggetto in seguito alla condanna, prevedevano delle discipline differenziate. In particolare la norma in questione preclude, in determinate circostanze, la concessione di alcuni benefici ed è stata oggetto nel 2005 di una duplice innovazione³⁶¹.

Mentre la modifica del comma 1 dell'art. 58 *quater* ord. pen. non riguarda la disciplina della recidiva, operando un'estensione della preclusione ai benefici a tutti i condannati definitivi per il reato di evasione (art. 385 c.p.), prima limitata ai soli condannati per uno dei delitti *ex* art. 4 *bis* ord. pen., la disposizione di maggiore rilevanza è dettata dal nuovo comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* ord. pen. che stabilisce

³⁶⁰ D.l. 13 maggio 1991, n. 152 e d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

³⁶¹ Commi 6 e 7, legge 251/2005: "6. Il comma 1 dell'articolo 58-*quater* della legge 26 luglio 1975, n. 354, è sostituito dal seguente:

«1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale».

7. Dopo il comma 7 dell'articolo 58-*quater* della legge 26 luglio 1975, n. 354, è aggiunto il seguente: «7-*bis*. L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale»".

che l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 47 ord. pen., la detenzione domiciliare e la semilibertà possono essere concessi una volta sola nei confronti di un detenuto cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 comma 4 c.p. L'intenzione del legislatore si è dimostrata, anche in questo caso, di determinare un regime differenziato e più severo nei confronti del soggetto recidivo reiterato³⁶².

b) *Detenzione domiciliare.*

L'istituto della detenzione domiciliare, introdotto dalla legge Gozzini all'art. 47 *ter* ord. pen., non ha una finalità risocializzativa ma è ispirato all'obiettivo di consentire al condannato di espriare la pena nella propria abitazione, in un altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza, in particolare ipotesi prestabilite e prevalentemente per ragioni di natura umanitario-assistenziale o deflativa della popolazione carceraria³⁶³.

La legge *ex Cirielli* è intervenuta sul complesso istituto in questione sotto più profili: in primo luogo ha introdotto il comma 01 all'art. 47 *ter* ord. pen. prevedendo l'ulteriore ipotesi di detenzione domiciliare per i detenuti ultrasettantenni, preclusa se il soggetto ha riportato, in qualsiasi tempo, ogni ipotesi di condanna con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p. Ma la legge del 2005 contempla anche delle previsioni limitative³⁶⁴: in primo luogo viene introdotto un comma 1.1 all'art 47 *ter* ord. pen. con

³⁶² Tale norma ha sollevato un notevole problema interpretativo intorno alla questione se il numero massimo di misure alternative concedibili si riferisca alla pena applicata con la recidiva reiterata, ovvero abbia una portata assoluta nel senso che il divieto si estenda all'intera vita del soggetto. Più aderente al dato letterale e sistematico dell'intera disciplina della preclusione ai benefici, nonché con la probabile intenzione del legislatore, è parsa l'interpretazione che limita a una sola misura alternativa concedibile in vita al recidivo, pur rivelandosi caratterizzata da eccessivo rigore e contraria al senso di ragionevolezza e proporzione imposti dall'art. 3 della Costituzione. MARCHESELLI A., *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al diritto*, dossier 1, 2006, p. 82; BRUNETTI C., *cit.*; MARTINI A., *op. cit.*, p. 488.

³⁶³ L'art. 47 *ter* ord. pen. prevede: la *detenzione domiciliare ordinaria*, per la pena da eseguire non superiore ai quattro anni per i soggetti individuati dall'art. 47 *ter* comma 1 lett. *a-e* ord. pen.; la *detenzione domiciliare come alternativa all'affidamento in prova*, per l'espiazione della pena non superiore ai due nei confronti dei soggetti che non possono godere dell'affidamento in prova e con esclusione dei condannati per delitti ex art. 4 *bis* ord. pen.; la *detenzione domiciliare alternativa alla sospensione dell'esecuzione*, in presenza delle condizioni per la concessione del differimento dell'esecuzione ex artt. 146 e 147 c.p.; la *detenzione domiciliare per esigenze sanitarie*, per i detenuti affetti da AIDS o grave deficienza immunitaria; la *detenzione domiciliare speciale*, per salvaguardare in particolari situazioni di maternità non rientranti nel primo comma.

³⁶⁴ Art. 7 commi 3 e 4, l. 251/2005: "3. Il comma 1 dell'articolo 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, è sostituito dai seguenti:

cui viene ridotto a tre anni il limite di pena che il recidivo reiterato può espiare in detenzione domiciliare per motivi di studio, famiglia o salute. Nonostante la genericità della disposizione, è parso infatti più opportuno ritenere che la nuova regola limitativa debba essere riferita alla sola detenzione domiciliare ordinaria prevista al primo comma del medesimo articolo. La disposizione è stata contestata dalla dottrina, che ha osservato come si siano posti in conflitto interessi contrapposti ma sostanzialmente non comparabili, dal momento che la misura alternativa è funzionale all'esigenza di prevenire effetti troppo gravosi dell'esecuzione della pena in quanto contrari al rispetto del principio di umanità e il limitarne il ricorso in funzione di indizi di pericolosità soggettiva significherebbe anteporre esigenze di difesa ad esigenze di umanità e perciò di prevenzione³⁶⁵.

L'ultima disposizione, mediante la modificazione del comma 1 *bis* dell'art. 47 *ter* ord. pen., stabilisce la netta esclusione dei soggetti cui sia stata applicata la recidiva reiterata dalla fruibilità della particolare detenzione domiciliare prevista per i condannati a pene brevi che non presentano i requisiti per accedere alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale. Compiendo tale selezione in sfavore dei recidivi reiterati, il legislatore opera una presunzione di inadeguatezza della misura a garantire che il soggetto non torni a delinquere.

c) Semilibertà.

La disciplina della semilibertà, introdotta con la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, è stata ampliata dalla legge *ex* Cirielli che ha inserito un nuovo articolo 50 *bis* dedicato esclusivamente alle condizioni di ammissione al beneficio per il recidivo reiterato³⁶⁶. In questo caso, dunque, la misura alternativa in oggetto è

«1. [...]»

1.1. *Al condannato, al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, può essere concessa la detenzione domiciliare se la pena detentiva inflitta, anche se costituente parte residua di maggior pena, non supera tre anni».*

4. *Il comma 1-bis dell'articolo 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, è sostituito dal seguente: «1-bis. La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-bis e a quelli cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale»».*

³⁶⁵ MARTINI A., *op. cit.*, p. 501.

³⁶⁶ Art. 7 comma 5, l. 251/2005: «Dopo l'articolo 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, è inserito il seguente: «Art. 50-bis - (Concessione della semilibertà ai recidivi). – 1. La semilibertà può essere concessa ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, soltanto dopo l'espiazione dei

concessa ai detenuti soltanto dopo l'espiazione di due terzi della pena ovvero, nel caso di condannati per i reati di cui al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen., di almeno tre quarti di essa. È stato osservato che l'art. 50 *bis* si pone in sintonia con la semilibertà prevista per le pene medio-lunghe, poiché si limita ad innalzare la soglia di pena che il recidivo reiterato deve espriare per accedere a tale misura, ma il confronto con la fattispecie prevista al primo comma dell'art. 50 ord. pen. relativa alle pene brevi evidenzia come il trattamento introdotto dalla legge del 2005 non si fondi tanto su una maggiore gravità del reato, quanto su una presunzione di antisocialità e pericolosità del delinquente recidivo³⁶⁷.

6.3. Il nuovo regime dei permessi premio per i recidivi reiterati.

I permessi premio sono stati introdotti dalla legge Gozzini al fine di dare attuazione all'art. 27 comma 3 della Costituzione e risultano pienamente inseriti nella logica trattamentale: l'istituto infatti si caratterizza per una funzione specialpreventiva e una funzione premiale, rivolte all'obiettivo della rieducazione e dell'efficace reinserimento sociale del condannato. L'art. 30 *ter* ord. pen. prevede alcuni requisiti per la concessione dei permessi premio, di natura oggettiva, in relazione ad alcune fattispecie di reato, e di natura soggettiva, in relazione alla condotta tenuta dal condannato e alla valutazione di pericolosità del soggetto che si desume da un giudizio sulla probabilità di recidiva, come esito di un'indagine però rivolta alla situazione del detenuto al momento in cui presenta l'istanza, non al suo passato.

La legge *ex Cirielli* introduce al nuovo art. 30 *quater* ord. pen.³⁶⁸ un percorso apposito per i soggetti cui sia stata applicata la recidiva reiterata che prevede una

due terzi della pena ovvero, se si tratta di un condannato per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis della presente legge, di almeno tre quarti di essa».

La semilibertà *ex* art. 50 ord. pen. prevede l'accostamento nell'arco della giornata di un periodo di detenzione e uno di attività libera; vi è un tipo di semilibertà relativo a pene brevi entro i sei mesi, volta a evitare gli effetti desocializzanti del carcere, una semilibertà relativa a pene medio-lunghe, in una compiuta ottica di trattamento risocializzativo progressivo e infine una fattispecie surrogatoria dell'affidamento in prova.

³⁶⁷ BRUNETTI C., *cit.*, p.13: "Dunque, una persona condannata a sei mesi di reclusione senza la dichiarazione di recidiva reiterata potrà essere ammesso alla semilibertà *ab initio*, al contrario il recidivo reiterato condannato alla stessa pena, ma per un reato di minore gravità, non potrà fruire della medesima possibilità proprio in base al nuovo art. 50-*bis* ord. pen. [...] Il legislatore ha realizzato una inspiegabile penalizzazione di soggetti responsabili di reati minimi nell'accesso alla semilibertà per pene detentive brevi."

³⁶⁸ Art. 7 comma 1, l. 251/2005: "1. Dopo l'articolo 30-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, è inserito il seguente:

decisa elevazione della quota di pena necessaria all'accesso dei benefici. Per i condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a tre anni la concessione non è immediata ma segue l'espiazione di almeno un terzo della pena; per i condannati alla reclusione superiore a tre anni il termine passa da un quarto alla metà; per i condannati alla reclusione per i delitti di cui al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen. devono essere stati scontati almeno due terzi della pena e comunque non oltre quindici anni.

La nuova disposizione ha destato diverse perplessità, in primo luogo dove, nel caso di pena superiore ai tre anni, il recidivo reiterato viene equiparato quanto a misura dell'aumento all'autore non recidivo reiterato di delitti di particolare allarme sociale *ex art. 4 bis* ord. pen. Inoltre, la norma sembra mal conciliarsi con l'inquadramento dogmatico dei permessi premio dal momento che, a fronte della pacifica valenza rieducativa dell'istituto, dovrebbero ritenersi irrilevanti i precedenti penali, e dunque a maggior ragione ingiustificati gli ulteriori aggravii collegati alla mera qualifica di recidivo reiterato, ai fini della valutazione della concedibilità del beneficio improntato alla progressività del trattamento.

Per temperare il rigore della suddetta disciplina, è intervenuta la Corte Costituzionale che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 30 *quater* ord. pen. nella parte in cui non prevede che il beneficio dei permessi premio possa essere applicato sulla base della previgente normativa più mite ai condannati che prima dell'entrata in vigore della legge di modifica avessero raggiunto i requisiti stabiliti per l'ottenimento della misura premiale, al fine di salvaguardare il significato del percorso trattamentale imposto anche dalla Costituzione³⁶⁹.

«Art. 30-quater - (Concessione dei permessi premio ai recidivi). – 1. I permessi premio possono essere concessi ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, nei seguenti casi previsti dal comma 4 dell'articolo 30-ter:

a) alla lettera a) dopo l'espiazione di un terzo della pena;

b) alla lettera b) dopo l'espiazione della metà della pena;

c) alle lettere c) e d) dopo l'espiazione di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni».

³⁶⁹ C. Cost., 4 luglio 2006, n. 257. Nella medesima occasione la Corte afferma, a proposito della disciplina dei permessi premio prevista dalla legge del 2005, che: “di una sostanziale regressione nella fruizione del permesso premio, non collegata ad una corrispondente “regressione comportamentale” da parte del condannato, si pone in evidente frizione rispetto alla logica di progressività che, come si è detto, muove l'intero (e individualizzato) programma trattamentale”.

CAPITOLO III

I RECENTI SVILUPPI IN MATERIA E LE QUESTIONI APERTE

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in caso di recidiva reiterata e l'intervento della Corte Costituzionale. – 1.1. La sentenza n. 183/2011. - 2. Dai limiti al giudizio di valenza *ex art. 69* comma 4 c.p. in materia di recidiva reiterata all'illegittimità del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti per alcune fattispecie di "lieve entità". – 2.2 Le sentenze della Corte Costituzionale in materia di "spaccio di lieve entità" (n. 251/2012), ricettazione di "particolare tenuità" (n. 105/2014) e violenza sessuale di "minore gravità" (n. 106/2014). - 3. Dubbi di costituzionalità rispetto alla recidiva obbligatoria *ex art. 99* comma 5 c.p. – 4. Correttivi al regime esecutivo per i recidivi reiterati.

1. Il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in caso di recidiva reiterata e l'intervento della Corte Costituzionale.

L'art. 62 *bis* c.p., che disciplina le circostanze attenuanti generiche, è stato introdotto nel codice penale dal d. lgs. 14 settembre 1944 n. 288, dopo che la codificazione del 1930 aveva abrogato l'analogo istituto previsto in precedenza dal Codice Zanardelli. Il legislatore del 1944 optò per la reintroduzione di tale tipologia di circostanze principalmente sulla base dell'esigenza di configurare una soluzione tecnica che, a seguito del mutato regime politico, consentisse di attenuare il rigore dell'originario impianto sanzionatorio senza però procedere alla revisione dell'intero assetto del codice³⁷⁰.

Sulla materia è intervenuta nel 2005 la legge *ex Cirielli*, anche in questo caso nella prospettiva di apportare un inasprimento al trattamento sanzionatorio applicabile alla recidiva, introducendo una limitazione all'ambito di apprezzamento discrezionale in base al quale il giudice può ritenere l'esistenza di circostanze, ulteriori e indipendenti rispetto a quelle di cui all'art. 62 c.p., idonee a diminuire la pena. In seguito alla riforma del 2005, dunque, al giudice non era consentito concedere le attenuanti generiche sulla base dei criteri di cui all'art. 133 comma 1 n. 3 e comma 2

³⁷⁰ MELCHIONDA A., *Commento all'art. 1 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 431. L'autore, esprimendosi in modo critico con riguardo anche alla successiva riforma dell'istituto realizzata dalla l. 251/2005, ne sottolinea la "rilevanza centrale nell'economia sistematica dell'ordinamento vigente e tale, dunque da mal "tollerare" interventi parziali e finalizzati solo ad incidere correttivamente sulla disciplina di altri separati istituti".

c.p. nei casi di recidiva reiterata in relazione ai delitti previsti dall'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p., puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.

L'intento originario della riforma, come emerge dall'AC2055, prevedeva una limitazione alla disciplina di applicazione delle circostanze attenuanti generiche molto più estesa che, per quanto riguarda la materia in questione, trovava applicazione in tutti i casi di recidiva reiterata ex art. 99 comma 4 c.p.³⁷¹ Le motivazioni addotte alla necessità di riformare l'istituto erano sostanzialmente coincidenti con quelle che avevano portato all'abrogazione dell'istituto nel codice Rocco e nascevano da una diffusa presa di posizione critica nei confronti della prassi applicativa dell'istituto delle attenuanti generiche, ritenuta eccessivamente indulgenziale³⁷². La disciplina entrata definitivamente in vigore nel 2005 ha posto invece un duplice ordine di presupposti alla delimitazione dell'ambito di applicazione della regola. In primo luogo, il delitto in concreto giudicato deve essere ricompreso tra quelli previsti nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p. e deve risultare sanzionato con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni. Tale doppio limite oggettivo seleziona di fatto reati di notevole gravità, riducendo l'ambito di applicazione effettivo della nuova disciplina restrittiva. Il secondo presupposto fissato dalla legge *ex Cirielli* in argomento è integrato dalla necessaria dichiarazione di recidiva reiterata da parte del giudice, il quale deve quindi aver ritenuto in concreto che fosse ravvisabile la maggiore colpevolezza del reo o la sua maggiore pericolosità che ne legittimano il riconoscimento.

Nel riformulare l'art. 62 *bis* comma 2 c.p. il legislatore non ha stabilito un generico divieto di riconoscimento giudiziale delle attenuanti generiche, ma, con esclusivo riferimento ai soggetti che presentino entrambi i suddetti presupposti, ne ha precluso il riconoscimento per ragioni che trovino fondamento in una minore intensità del dolo (art. 133 comma 1 n. 3 c.p.), ovvero in uno dei criteri previsti per

³⁷¹ Secondo il progetto presentato alla Camera dei Deputati il primo comma dell'art. 62 *bis* c.p. non trovava inoltre applicazione per tutti i delitti, non colposi, dai quali derivasse la morte di una o più persone; in relazione ai delitti previsti dagli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinqüies*, 609 *bis* e 609 *octies* c.p.; per tutti i delitti commessi con finalità di terrorismo internazionale; rispetto ai delitti indicati nell'art. 51 comma 3 *bis* c.p.

³⁷² Dalla relazione alla proposta di legge AC2055: "L'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, ritenuta dal legislatore facoltà del giudice, oggi, di fatto, è considerata un vero e proprio diritto del reo, applicabile sempre ed in ogni caso, e quindi «non si negano a nessuno». Spesso i giudici sono schiacciati da questa discrezionalità e per non sembrare «cattivi» finiscono per stravolgere la portata della norma. Appare evidente, quindi, la necessità di intervenire sulla materia sia per adeguare la legge alle intenzioni del legislatore, evitando così, di fatto, interpretazioni ed applicazioni distorte, sia per contrastare l'aumento della criminalità".

l'apprezzamento della capacità a delinquere, come il carattere del reo, i motivi a delinquere, i precedenti penali o giudiziari, la condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato o la vita individuale e sociale del reo (art. 133 comma 2 c.p.). Il riferimento alla prima ipotesi, in particolare, attiene al divieto di valutazione positiva di una minore intensità del dolo, in riferimento principalmente alle situazioni nelle quali il reo possa aver agito nell'assenza di una piena volontà intenzionale³⁷³. Non trattandosi dunque di una preclusione assoluta, al di fuori dei vietati indici commisurativi, di carattere prevalentemente soggettivo, le attenuanti generiche restavano applicabili con riferimento ai residuali criteri oggettivi indicati ai numeri 1 e 2 del primo comma dell'art. 133 c.p., relativi alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e ad ogni altra modalità d'azione, nonché alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato.

Si è ritenuto che il concreto limite operante per la discrezionalità del giudice, nel caso in cui ritenesse di concedere le attenuanti generiche, consisteva nell'obbligo di fornire una "motivazione rafforzata", suscettibile di sindacato di legittimità sotto il profilo dell'inosservanza o erronea applicazione della legge penale (art. 606 comma 1 lett. *a* c.p.p.), qualora il giudice avesse mancato di applicare il nuovo comma 2 dell'art. 62 *bis* c.p., nonché sotto il profilo del difetto di motivazione (art. 606 comma 1 lett. *e* c.p.p.), qualora il giudice non avesse fornito un'adeguata e convincente motivazione all'applicazione delle circostanze attenuanti in oggetto³⁷⁴. Di fatto, quindi, la preferenza accordata a parametri di valutazione oggettivi rende evidente come alla base del riforma operata dal legislatore del 2005 vi sia una presunzione normativa di carattere assoluto circa l'intensità del dolo e l'elevata capacità a delinquere dei soggetti recidivi reiterati responsabili di particolari delitti, da cui discende la ritenuta non opportunità di continuare ad affidare al giudice il compito di valutare in concreto la gravità del reato ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche³⁷⁵.

³⁷³ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, *cit.*, p. 32. L'autore si richiama in modo particolare all'ipotesi del "dolo eventuale".

³⁷⁴ AMATO G., *Il recidivo va a caccia di "generiche"*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 56.

³⁷⁵ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. 456: "Sennonché questa scelta di comprimere gli spazi di discrezionalità giudiziale appare criticabile nel merito perché inficiata da manifesta irragionevolezza alla stregua dei principi generali della responsabilità penale: una volta che il legislatore in linea generale fa dipendere la valutazione giudiziale della gravità del reato dall'utilizzo di criteri a carattere sia oggettivo che soggettivo, non si comprende quale sia la logica che consente di derogare ad alcuni di

1.1. *La sentenza n. 183/2011.*

Con riferimento al nuovo regime dell'art. 62 *bis* c.p., la Corte Costituzionale è intervenuta ad accertare per la prima volta l'irragionevolezza di uno degli effetti indiretti, riferibile alla disciplina del trattamento sanzionatorio della recidiva, nel quadro di un più ampio tentativo di riaffermare dei più consistenti margini di discrezionalità giudiziale³⁷⁶. Con la sentenza 10 giugno 2011, n. 183, la Corte ha eliminato una porzione del regime speciale di applicazione delle circostanze attenuanti generiche, intervenendo su uno degli automatismi sanzionatori introdotti dal legislatore del 2005 a carico dei recidivi reiterati chiamati a rispondere di gravi delitti, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 62 *bis* c.p. secondo comma «nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato».

La dichiarazione di illegittimità costituzionale consegue all'applicazione di due principi: il meccanismo preclusivo è risultato configurare una violazione, da un lato, del principio di ragionevolezza, dall'altro, della finalità rieducativa della pena, essendo stato invece considerato insussistente il preteso contrasto della norma con l'art. 3 della Costituzione riguardo il profilo della disparità di trattamento³⁷⁷. Secondo la prima prospettiva la Corte, per la valutazione della compatibilità della presunzione di elevata capacità a delinquere del recidivo reiterato, costruita sulla preponderanza di uno dei parametri indicati dal secondo comma dell'art. 133 c.p., con il principio di ragionevolezza (art. 3 Costituzione), si richiama alla regola di giudizio dell'*id quod*

questi criteri con riferimento ad alcuni tipi di autore e ad alcune tipologie sia pur gravi di illecito penale”.

³⁷⁶ GATTA G.L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, II, p. 2375. L'autore ritiene significativo che la legge ex Cirielli si fosse primariamente interessata alla disciplina delle circostanze attenuanti generiche, “un istituto che esalta la discrezionalità giudiziaria e che, storicamente, rappresenta uno dei principali strumenti di mitigazione del sistema sanzionatorio, affidato al giudice per assicurare l'individualizzazione della risposta punitiva”.

³⁷⁷ “È sufficiente osservare, da un alto, che in linea di principio la considerazione, ai fini del trattamento penale, della recidiva reiterata in unione con alcuni gravi reati non contrasta con l'art. 3 Cost. e, dall'altro, che l'individuazione di questi reati rientra nella discrezionalità del legislatore e non può essere messa in questione, come ha fatto l'ordinanza di rimessione, solo perché le pene comminate per l'uno o per l'altro reato presentano delle differenze. Deve quindi concludersi che non dà luogo a una disparità di trattamento, né è di per sé irragionevole prevedere un regime di maggior rigore nei confronti di una persona che ha commesso un grave reato trovandosi in una situazione di recidiva reiterata”.

plerumque accidit, costantemente utilizzata in giurisprudenza proprio con riferimento al superamento delle presunzioni di pericolosità³⁷⁸. La Corte ritiene che la presunzione assoluta in discussione non risponda a un dato di esperienza generalizzabile e che, determinando una limitazione a un diritto fondamentale della persona, sia dunque irrazionale. Si sostiene, infatti, che la formulazione di ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione sia «agevole, considerando, da un lato, che la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità e, dall'altro, che la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede e che successivamente l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata»³⁷⁹.

Oltre alla constatazione che la preclusione si fonda «su una valutazione preventiva, predeterminata e astratta», la Corte ravvisa un secondo profilo di illegittimità dal punto di vista della finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.). Il principio di rieducazione rappresenta, infatti, una fondamentale finalità della pena non solo nel momento di esecuzione della sanzione, bensì anche della commisurazione della stessa, e non può essere eluso dalla scelta di privilegiare obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale³⁸⁰. Per altro l'obiettivo della rieducazione non può essere perseguito negando valore ai comportamenti che

³⁷⁸ GATTA G., *op. cit.*, p. 2376. L'autore, in particolare, opera un richiamo all'utilizzo di detto criterio da parte della Corte relativamente al superamento delle presunzioni di pericolosità nella disciplina delle misure di sicurezza e all'esclusione della ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, estesa dal "Pacchetto sicurezza" del 2009 a delitti diversi da quelli di criminalità organizzata di tipo mafioso.

³⁷⁹ "La preclusione [...] è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indizi contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento. Mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali, che, pur potendo essere di grande significato per valutare l'attualità della capacità a delinquere, sono indiscriminatamente neutralizzati ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche. [...] È da aggiungere che l'impossibilità di dare rilevanza, ai fini delle circostanze attenuanti generiche, alla condotta del condannato successiva alla commissione del reato risulta ancor più irragionevole se si considera il limitato effetto che l'applicazione di tali circostanze potrebbe determinare, dato che, per la disposizione del quarto comma dell'art. 69 c.p. esse continuerebbero a trovare un limite nella recidiva, rispetto alla quale potrebbero essere ritenute equivalenti ma mai prevalenti".

³⁸⁰ "Escludere che possa assumere rilevanza, ai fini delle attenuanti generiche, una condotta, successiva al reato, indicativa di una positiva evoluzione in atto della personalità del condannato significa anche porsi in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. Infatti l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione".

manifestano una riconsiderazione critica dell'operato da parte del condannato: la preclusione posta dalla legge 251/2005 impedirebbe infatti di apprezzare un comportamento successivo che può essere espressione di un "sintomo" di rieducazione, contraddicendo così la stessa valutazione di pericolosità che sta alla base della recidiva.

In conclusione, la Corte Costituzionale ha contestato l'art. 62 *bis* comma 2 c.p., così come disegnato dalla legge *ex Cirielli*, a causa dell'ingiustificata maggiore incidenza presuntiva della recidiva rispetto alla condotta susseguente al reato, resa ulteriormente più gravosa dall'applicazione obbligatoria della circostanza di cui all'art. 99 comma 4 c.p. nei casi cui fa riferimento la norma³⁸¹.

2. Dai limiti al giudizio di valenza ex art. 69 comma 4 c.p. in materia di recidiva reiterata all'illegittimità del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti per alcune fattispecie di "lieve entità".

L'obiettivo del legislatore della legge *ex Cirielli* di intervenire sui precedenti spazi di discrezionalità giudiziale, circoscrivendo le possibilità di elisione degli effetti aggravanti della recidiva, è stato perseguito anche con una seconda rilevante innovazione alla disciplina delle circostanze, avendo in questo caso riguardo alla disciplina del concorso eterogeneo di circostanze³⁸². L'intervento ha inciso su una delle disposizioni che più avevano caratterizzato l'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice realizzato con la riforma del 1974, con la quale il legislatore aveva risposto settorialmente all'esigenza di contenere l'originario rigore delle

³⁸¹ In termini critici rispetto alla scelta della Corte, a fronte di una più estesa questione di legittimità costituzionale dedotta dal Tribunale rimettente, di pronunciarsi solo in merito al profilo delle condotte susseguenti al reato, si pone CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità*, in *Archivio Penale*, 2011, n. 3, p. 21: "Riteniamo che la 'timidezza' di tale scelta denoti una certa qual sottovalutazione del rilievo costituzionale della discrezionalità del giudice penale. [...] A fronte della -a nostro giudizio- preziosa opportunità di prendere, in modo ancor più franco e determinato, posizione circa l'essenziale rilevanza costituzionale della discrezionalità, la Consulta non ravvisa alcuna specifica frizione nella scelta, in sé e per sé, di precludere dalla valutazione del giudice sul fatto storico aspetti coesenziali della realtà commisurativa, e cioè tutti quelli diversi rispetto alla condotta susseguente al reato".

³⁸² Art. 3, l. 251/2005: "1. Il quarto comma dell'articolo 69 del codice penale è sostituito dal seguente: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato»".

previsioni edittali. La formulazione dell'art. 69 c.p. nel testo originario del codice Rocco, infatti, escludeva radicalmente dal giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee tutte le circostanze inerenti alla persona del colpevole *ex art. 70 c.p.*, nonché le circostanze “ad effetto autonomo”, caratterizzate dalla previsione di una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, e quelle “indipendenti”, contraddistinte dalla previsione di una misura di pena indipendente da quella ordinaria del reato base³⁸³. L'incidenza della recidiva sulla commisurazione della pena era poi ulteriormente valorizzata dalla previsione all'ultimo comma dell'art. 69 c.p. con cui si stabiliva che, ferma l'applicazione degli aumenti e delle diminuzioni di pena secondo le regole dettate dall'art. 63 c.p., gli effetti della recidiva dovevano comunque essere conteggiati per ultimi, in modo da evitare una loro possibile elisione. La riforma del 1974, rovesciando tale impostazione in ordine al principio ispiratore fondato sull'estensione del carattere facoltativo della recidiva, rese di fatto possibile la comparazione tra tutte le circostanze.

L'originario progetto di legge presentato alla Camera dei Deputati dall'on. Cirielli era caratterizzato da uno spirito maggiormente radicale³⁸⁴ e riproduceva quasi del tutto la formulazione della norma così come prevista nel codice Rocco, dal momento che erano esclusi dal giudizio di bilanciamento non solo i casi di recidiva reiterata, ma anche le circostanze ad effetto “autonomo” o “indipendente”, ed erano invece incluse le circostanze inerenti alla persona del colpevole. La fisionomia assunta in via definitiva dal comma quarto dell'art. 69 c.p., invece, prevede un campo di applicazione della norma circoscritto alla sola ipotesi della recidiva reiterata e un divieto soltanto di prevalenza, non escludendosi quindi che gli effetti aggravanti della recidiva possano essere elisi da un giudizio di equivalenza con eventuali attenuanti concorrenti. Il richiamo al quarto comma dell'art. 99 c.p. è da intendersi in riferimento a quei casi in cui il giudice, in presenza di una precedente sentenza di condanna nella quale sia stata già riconosciuta la sussistenza della circostanza aggravante della recidiva, abbia ravvisato gli estremi della maggiore colpevolezza del

³⁸³ MELCHIONDA A., *Commento all'art. 3 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 437.

³⁸⁴ Dalla relazione alla proposta di legge AC 2055: “L'articolo 2 prevede la modifica dell'articolo 69 del codice penale, che prevede la valutazione tra il concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti. Nel nuovo testo si inserisce il divieto di comparazione delle circostanze per i casi di recidiva reiterata, cioè per quei delinquenti condannati già tre volte e che non meritano certamente vantaggi nell'applicazione delle pene per nuovi reati commessi”.

reo o della sua maggiore pericolosità, tali da integrare effettivamente la circostanza della recidiva reiterata.

La recidiva reiterata, anche se riferita a condanne remote nel tempo e per delitti di minima gravità, viene ad assumere un peso commisurativo maggiore di quello che potrebbe conseguire a molte altre aggravanti concorrenti tra loro. L'incidenza della circostanza *ex art. 99 comma 4 c.p.*, in rapporto con il divieto posto dal quarto comma dell'*art. 69 c.p.*, risulta poi particolarmente rilevante in tutti i casi nei quali la pena ordinaria del reato base preveda un minimo edittale di una certa gravità e, soprattutto, quando la variazione di pena prevista per eventuali attenuanti risulti inferiore allo stesso limite edittale minimo stabilito per la pena del reato base³⁸⁵. In questi casi, infatti, non essendo possibile riconoscere prevalenza alle attenuanti, il giudice è tenuto a stabilire la pena concreta nell'ambito di una cornice edittale nettamente superiore a quella che sarebbe altrimenti utilizzabile. Le perplessità della dottrina rispetto a tale peculiare profilo della riforma del 2005, oltre a incentrarsi sull'opportunità di un ulteriore strumento di inasprimento del trattamento sanzionatorio riservato al recidivo reiterato, riguardano il temuto svilimento dell'istituto del giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, al quale è riconosciuta una fondamentale importanza ai fini della determinazione di una pena che sia effettivamente aderente alla personalità dell'imputato e al ruolo da questi rivestito nel reato. La possibilità, infatti, per il giudice di valutare la prevalenza o l'equivalenza in caso di concorrenza tra circostanze aggravanti e attenuanti consente di apprezzare in modo compiuto la personalità del colpevole e l'entità del fatto, in modo da far discendere da un giudizio di tipo globale un migliore adattamento della sanzione al caso concreto³⁸⁶.

³⁸⁵ MELCHIONDA A., *Commento all'art. 3, cit.*, p. 441. "Questa è, ad esempio, situazione apprezzabile in tutti i casi di circostanze attenuanti "ad effetto autonomo" (laddove, cioè, è la stessa specie di pena a mutare), nonché nel caso di attenuanti "ad effetto indipendente" che prevedano una cornice di pena inferiore nel massimo allo stesso minimo edittale del reato base [...] Ed è soprattutto con riguardo a casi di questo tipo che più è stata avvertita la delicatezza e l'importanza della disciplina del bilanciamento".

³⁸⁶ AMATO G., *op. cit.*, p. 60; POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cassazione penale*, II, 2006, p. 2747. MELCHIONDA A., *Commento all'art. 3, cit.*, p. 441, l'autore, inoltre, facendo riferimento alle precisazioni in tema di giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee contenute nella sentenza 7 febbraio 1985, n. 38 della Corte Costituzionale, sottolinea la "necessaria ragionevolezza che dovrebbe ispirare e fondare ogni scelta legislative di limitazione al quel "globale giudizio sia sul fatto di reato che sulla personalità del suo autore" che contraddistingue il giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee".

L'evoluzione giurisprudenziale in materia di recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze, successiva all'entrata in vigore della legge 251/2005, risulta piuttosto elaborata e ha portato a una graduale ridefinizione dei contorni del quarto comma dell'art. 69 c.p., nell'intento di ristabilire dei più ampi margini di discrezionalità per l'attività del giudice, ripristinando in alcune specifiche situazioni la conformità al canone della ragionevolezza che si riteneva disapplicato in seguito al rigore introdotto dalla riforma. Particolare importanza assume la già menzionata sentenza 192 del 2007 con la quale la Corte Costituzionale ha stabilito un necessario collegamento tra l'operatività del divieto di prevalenza delle attenuanti riconoscibili al recidivo al carattere facoltativo della circostanza della reiterazione, che deve essere concretamente riconosciuta dal giudice. Le numerose ordinanze di rimessione rilevavano che l'art. 69 comma 4 c.p. imporrebbe al giudice di non considerare l'incidenza delle attenuanti concorrenti ai reati commessi dal recidivo reiterato, potendosi arrivare non oltre la dichiarazione di equivalenza tra circostanze eterogenee, venendo così a realizzare disparità di trattamento a fronte di una caratteristica personale del soggetto e ponendosi dunque in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 25 comma 2 e 27 comma 3. La Corte, nel dichiarare inammissibili le questioni poiché fondate sull'errato presupposto implicito che la recidiva richiedesse un'applicazione obbligatoria, sottolinea invece la natura facoltativa della stessa, da cui discende che se il giudice esclude che in concreto ricorrano le condizioni di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità sociale del reo, necessarie per la dichiarazione della recidiva reiterata, si possono considerare neutralizzati, non solo l'aumento della pena, ma anche l'operatività del divieto di bilanciamento³⁸⁷. Tale orientamento ha dunque ricevuto una diffusa applicazione in tutti i casi in cui fosse possibile per il giudice non applicare la recidiva reiterata, il

³⁸⁷ C. Cost., 14 giugno 2007, n. 192: "Ad avviso dei rimettenti, cioè, il fatto che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi – quali che essi siano – farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze prefigurato dall'art. 69 quarto comma c.p.: con l'effetto di "neutralizzare" - anche quando si sia in presenza di precedenti penali remoti, non gravi e scarsamente significativi in rapporto alla natura del nuovo delitto - la diminuzione di pena connessa alle circostanze attenuanti concorrenti, indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche di queste ultime. [...] Nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, (...) allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento – soggetto al regime limitativo di cui all'art. 69 quarto comma c.p. – unicamente quando, sulla base dei criteri dianzi ricordati, ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; mentre, in caso contrario, non vi sarà luogo ad alcun giudizio di comparazione: rimanendo con ciò esclusa la censurata elisione automatica delle circostanze attenuanti".

quale, fatta quindi eccezione per i casi di cui all'art. 99 comma 5 c.p., «ove decida per l'applicabilità, procederà di seguito al giudizio di comparazione della recidiva con le eventuali circostanze attenuanti, da eseguire nel rispetto dell'art. 69 c.p., comma 4 (che esclude la prevalenza delle attenuanti nella ipotesi di cui all'art. 99 c.p., comma 4); mentre, ove ritenga l'inapplicabilità, non vi sarà ovviamente alcuno spazio per il giudizio di comparazione e si terrà conto soltanto delle attenuanti»³⁸⁸.

2.1. Le sentenze della Corte Costituzionale in materia di “spaccio di lieve entità” (n. 251/2012), ricettazione di “particolare tenuità” (n. 105/2014) e violenza sessuale di “minore gravità” (n. 106/2014).

Tale sorta di espediente, però, rappresenta una soluzione al problema in questione soltanto fino alla situazione in cui il giudice ritenga di dover necessariamente applicare in concreto la recidiva reiterata e, così facendo, egli non può più sottrarsi alla norma di cui al quarto comma dell'art. 69 c.p. che gli impedisce di ritenere prevalente qualsiasi attenuante. La circostanza in cui non è stato più sufficiente ribadire il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibile piena operatività delle attenuanti concorrenti, poiché il giudice aveva verificato che la reiterazione era sintomo di colpevolezza o pericolosità sociale, è stato il presupposto di una rilevante pronuncia della Corte Costituzionale a partire dalla quale si è sottoposta alla giurisprudenza la questione della legittimità del divieto posto al comma quarto dell'art. 69 c.p. in relazione alla *tipologia* dell'attenuante.

Con la sentenza 5 novembre 2012, n. 251 la Corte Costituzionale non si pronuncia più in modo generico sulla “indiscriminata omologazione”, fondata su presunzioni assolute di pericolosità, di situazioni che potrebbero risultare anche molto diverse, bensì riconosce in primo luogo che deroghe al bilanciamento sono possibili e rientrano nell'ambito delle scelte del legislatore sindacabili solo per manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, senza però poter giungere a determinare l'alterazione degli equilibri costituzionali che danno forma alla responsabilità penale. Inoltre, si è notato che la previsione di cui all'art. 69 comma 4 c.p. è costruita in modo da poter operare in combinazione con un numero indefinito di fattispecie di reato e, nel caso di specie, il giudice rimettente e la Corte stessa hanno affrontato la

³⁸⁸ Cass. Sez. VI, 7 febbraio 2008 (ric. Goumri), n. 10405.

questione non sotto il profilo di carattere generale, bensì ponendo in rilievo soltanto l'esclusione della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, non escludendo dunque aprioristicamente la giustificabilità del limite giudiziale in relazione ad altre ipotesi³⁸⁹.

Nonostante la sostanziale modifica apportata dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146³⁹⁰ abbia trasformato la circostanza attenuante in materia di spaccio di sostanze stupefacenti caratterizzato dall'elemento della "lieve entità" in una figura di reato autonomo, eliminando radicalmente il problema del bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti concorrenti, è necessario sottolineare la rilevanza del contenuto argomentativo della sentenza n. 251 del 2012 della Corte Costituzionale, poiché rappresenta il primo esempio di "erosione" del divieto di cui all'art. 69 comma 4 c.p. in relazione a ipotesi di "lieve entità", cui sono seguiti negli ultimi anni ulteriori applicazioni legate a fattispecie di reato differenti.

Si era già da tempo constatato che la maggioranza delle situazioni in cui entrava in crisi la tenuta del divieto di soccombenza della recidiva reiterata riguardava proprio il concorso di tale aggravante con l'attenuante della commissione del fatto di

³⁸⁹ "La questione si appunta sulla sola circostanza attenuante specificamente indicata senza carattere di generalità, perché in altri casi il divieto può trovare giustificazione".

³⁹⁰ Il d.l. 146/2013, elaborato dal Governo al fine di introdurre alcune misure finalizzate a fronteggiare il sovraffollamento carcerario, nell'intento di adempiere agli obblighi imposti dalla sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha infatti, tra le altre cose, modificato l'art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990 inserendo nel testo della disposizione una clausola di sussidiarietà («salvo che il fatto non costituisca più grave reato») e configurando quindi la fattispecie come una figura di reato autonoma, con la conseguenza che il quadro edittale (peraltro diminuito rispetto alla previsione precedente) non può essere eliso nel frequente caso di concorso con l'aggravante della recidiva. Ulteriore conseguenza è la riduzione del termine della prescrizione, da calcolarsi ora in sei anni (anziché in venti), ai sensi dell'art. 157 co. 1 c.p. il quinto comma dell'art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990 è stato poi nuovamente modificato dal d.l. 36/2014, con cui si è ripristinato il vecchio quadro edittale (reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da euro 1.032 a euro 10.329) previsto per i fatti di lieve entità aventi ad oggetto le droghe c.d. "leggere" dal testo originario del Testo Unico sugli stupefacenti, la c.d. legge Iervolino-Vassalli, estendendolo peraltro anche ai fatti corrispondenti aventi ad oggetto droghe "pesanti", per i quali il T.U. originario prevedeva invece la pena della reclusione da uno a sei anni.

La conferma della mutata natura della fattispecie di cui all'art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990 viene anche da numerose pronunce della Corte di Cassazione, che peraltro ne riafferma la giustificazione sistematica anche alla luce del mutato quadro di riferimento generale che, a seguito della sentenza 32/2014 della Corte Costituzionale, vede nuovamente distinto il trattamento sanzionatorio a seconda che la condotta incriminata riguardi le "droghe pesanti" e le "droghe leggere". Tra le altre, Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2014 (ric. Cassanelli), n. 14288; Cass. Sez. IV, 28 febbraio 2014 (ric. Verderamo), n. 10514; Cass. Sez. IV, 24 aprile 2014 (ric. De Pane), n. 20225.

Infine, come affermato ad esempio in Cass. Sez. IV, 29 gennaio 2014 (ric. Bushi), n. 15020, i caratteri costitutivi del fatto di lieve entità continuano a corrispondere alle ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile dal dato quantitativo e qualitativo delle sostanze («dosi conteggiate a "decine"» e principio attivo basso), dai mezzi adoperati e dalle modalità e circostanze della condotta, quando tali elementi ricorrano tutti e la singola attività contestata non risulti nemmeno connessa a un'attività più strutturata di traffico di maggiore rilievo (Cass. Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 41090).

“lieve entità” prevista dall’art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990 in relazione al delitto di spaccio di sostanze stupefacenti. Di questa ipotesi, infatti, trattavano i procedimenti giurisdizionali da cui erano emerse le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate nei confronti della disposizione limitativa del giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, nonché dodici delle quattordici ordinanze di rimessione che hanno poi avuto esito nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 192 del 2007. La frequenza con cui tale attenuante veniva comparata con la recidiva reiterata è riconducibile, da un lato, al gran numero di delitti di spaccio di stupefacenti rilevati in Italia e alla naturale condizione di frequente recidività degli autori di tali reati, dall’altro, a causa dei numerosi parametri normativi volti a discriminare la commissione di un fatto di “lieve entità” rispetto a quello commesso da un “grande trafficante”³⁹¹. In ogni caso, l’applicazione della circostanza attenuante in discussione consentiva, nei casi in cui ne ricorressero i presupposti³⁹², di rimodulare sensibilmente il quadro sanzionatorio³⁹³, nonché di accedere alla tipologia di trattamento sanzionatorio radicalmente alternativa alle sanzioni custodiale e pecuniaria, consistente nel lavoro sostitutivo previsto al comma 5 *bis* dello stesso art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990.

Nell’ordinanza di rimessione il giudice rimettente sottolinea come per salvaguardare il potere del giudice di calibrare la pena in proporzione al reale disvalore della condotta e di riconoscere alle circostanze concorrenti in una specifica situazione l’adeguata rilevanza, non è sufficiente attribuire al magistrato la potestà di valutare come concretamente esistenti le condizioni sostanziali per la declaratoria di recidiva reiterata, dal momento che «il riconoscere o escludere la recidiva reiterata facoltativa è operazione valutativa radicalmente diversa dal “bilanciare” quella

³⁹¹ NOTARO D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cassazione Penale*, 2013, p. 1763; VINCENZI R., *op. cit.*, p. 533.

³⁹² Le condizioni per poter applicare la circostanza attenuante erano state indicate ad esempio nella sentenza Cass. Sez. Un., 21 giugno 2000 (ric. Primavera), n. 17, secondo la quale “la circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità di cui all’art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990, può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell’azione), con la conseguenza che, ove venga meno anche uno soltanto degli indici previsti dalla legge, diviene irrilevante l’eventuale presenza degli altri”.

³⁹³ Prima delle modifiche operate dai decreti legge 146/2013 e 36/2014 il riconoscimento dell’attenuante determinava l’abbassamento della cornice edittale dagli ordinari limiti di reclusione tra sei e venti anni all’intervallo tra uno e sei anni. La nuova formulazione della fattispecie in forma di reato autonomo prevede invece un profilo sanzionatorio consistente nella reclusione da sei mesi a quattro anni.

recidiva con concorrenti circostanze attenuanti», specialmente in «situazioni in cui, giudicando con onestà intellettuale, la recidiva non può essere esclusa, e tuttavia viene sentito come ingiusto negare la prevalenza di determinate attenuanti». Nella situazione oggetto del giudizio, infatti, il Tribunale aveva indubbiamente ritenuto sussistenti i presupposti qualificanti della recidiva reiterata ma anche una modesta gravità complessiva del fatto, atteso il ridotto quantitativo di sostanza ceduta, il prezzo di vendita irrisorio, le modalità di vendita “da strada”, le difficili condizioni di vita del reo e la sua assunzione di responsabilità, e infine la personalità “non vulnerabile” dell’acquirente. Il giudice rimettente, dunque, deduce l’illegittimità della norma censurata secondo tre distinti profili: in primo luogo in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), perché nella situazione denunciata il trattamento sanzionatorio del “piccolo spacciatore” sarebbe finito per essere equiparato a quello del grande trafficante di stupefacenti³⁹⁴, in secondo luogo in riferimento al principio di offensività (art. 25 comma 2 Cost.), poiché il necessario richiamo al “fatto commesso” richiede che sia dato rilievo fondamentale all’obiettivo disvalore dell’azione delittuosa e non solo alla relativa valutazione di manifestazione sintomatica di pericolosità sociale, in terzo luogo, infine, con riguardo al principio di proporzionalità della pena, nelle sue funzioni retributiva e rieducativa (art. 27 comma 3 Cost.), poiché una pena sproporzionata rispetto al fatto è avvertita dal destinatario come ingiusta.

La pronuncia della Corte Costituzionale, di poco successiva alla sentenza 183/2011 in materia di riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato, si trova quindi a consolidare una sorta di processo di “controriforma giurisprudenziale”³⁹⁵ sul complessivo impianto realizzato dalla legge *ex Cirielli*. Con la sentenza 251/2012 la Corte si pronuncia sulla costituzionalità dell’art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all’art. 73 quinto comma, d.P.R. 309 del 1998 possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata e, in merito al divieto di prevalenza, ravvisa una manifesta irragionevolezza sul piano sanzionatorio, «resa evidente dall’enorme divaricazione delle cornici edittali stabilire dal legislatore per il reato circostanziato e per le

³⁹⁴ “L’enorme differenza oggettiva, naturalistica, criminologica delle due condotte viene completamente obliterata in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del loro autore”.

³⁹⁵ CARUSO G., *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola ‘fine’ della Corte Costituzionale?*, in *Archivio Penale*, 2013, n. 1, p. 3.

fattispecie base prevista dal primo comma della disposizione»³⁹⁶. Vengono di fatto ratificate le tre censure mosse dal giudice rimettente, sia sul piano del rispetto del principio di uguaglianza e ragionevolezza, risultando illegittimo un trattamento sanzionatorio in cui situazioni anche molto diverse vengono trattate allo stesso modo, mentre situazioni simili ricevono un trattamento diverso, quindi sul piano del principio di offensività, ponendosi un contrasto tra l'enfatizzazione delle componenti soggettive e la collocazione costituzionale del "fatto" alla base della responsabilità penale³⁹⁷, e infine sul piano del principio di proporzione della sanzione penale, avuto riguardo al connotato finalistico-rieducativo costituzionalmente imposto³⁹⁸.

Con la pronuncia 251/2012 la Corte Costituzionale ha in definitiva respinto la sussistenza di un automatismo sanzionatorio dagli effetti rilevanti, dato l'elevato valore della pena edittale minima in assenza dell'attenuante in discussione e l'ineluttabilità della stessa a causa del divieto di subvalenza della recidiva, anche per fatti di minore entità e in presenza di una condizione non necessariamente significativa di evidente capacità criminale. Come anticipato, in seguito alla recente riforma di alcuni aspetti della normativa sugli stupefacenti, la fattispecie di cui all'art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990 non configura più un elemento circostanziale, ma un'ipotesi di reato autonoma, risultando quindi sottratta al giudizio di bilanciamento delle circostanze; non perde tuttavia di significato l'argomentazione addotta nel 2012 dalla Corte Costituzionale, come è possibile osservare dalle successive applicazioni del concetto di "lieve entità" in riferimento a ipotesi di recidiva reiterata relative a differenti fattispecie di reato.

³⁹⁶ "Nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di lieve entità (sei anni di reclusione) diventa il minimo della pena da irrogare; ciò significa che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di lieve entità (un anno di reclusione) viene moltiplicato per sei nei confronti del recidivo reiterato, che subisce così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99 comma quarto c.p. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi".

³⁹⁷ "Le rilevanti differenze quantitative delle comminatorie edittali del primo e del quinto comma dell'art. 73, d.P.R. 309 del 1990 rispecchiano, d'altra parte, le diverse caratteristiche oggettive delle due fattispecie, sul piano dell'offensività e alla luce delle stesse valutazioni del legislatore: il trattamento sanzionatorio decisamente più mite assicurato al fatto di "lieve entità", la cui configurabilità è riconosciuta dalla giurisprudenza comune solo per le ipotesi di "minima offensività penale", esprime una dimensione offensiva la cui effettiva portata è disconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l'individuazione della pena concreta verso un'abnorme enfatizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato".

³⁹⁸ Recentemente, inoltre, le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto effetto retroattivo a tale sentenza, stabilendo l'ammissibilità della rideterminazione in sede esecutiva della pena irrogata al condannato per tale reato. (Cass. Sez. Un., 29 maggio 2014 (ric. Gatto), n. 42858)

Risolve la questione di costituzionalità relativa al bilanciamento tra la recidiva reiterata e la specifica circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5, d.P.R. 309 del 1990 residuavano ulteriori ipotesi di possibile frizione tra l'art. 69 comma 4 c.p. e i parametri costituzionali illustrati. Nel solco dell'approccio "individualizzante" della sentenza 251/2012 della Corte Costituzionale si collocano due successive decisioni della medesima Corte, entrambe depositate il 18 aprile 2014, con cui sono cadute altrettante porzioni della disciplina della comparazione tra circostanze introdotta dalla legge *ex Cirielli* al fine di aggravare il trattamento sanzionatorio per i recidivi reiterati.

Con la sentenza n. 105 del 2014 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 quarto comma c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante di cui all'art. 648 secondo comma c.p., che individua le ipotesi di ricettazione di particolare tenuità. La Corte ha ravvisato la violazione dei principi di ragionevolezza, di fattualità e di proporzionalità, dal momento che a condotte tenui e scarsamente offensive venivano applicate le sanzioni molto più severe previste al comma 1 dell'art. 648 c.p., solo in virtù dello *status* soggettivo di recidivo reiterato del colpevole, senza che a tale inasprimento astrattamente corrisponda un effettivo e adeguato aumento di offensività materiale della condotta. Risulta decisivo, come nel caso della sentenza n. 251/2012, il richiamo ai limiti edittali previsti dalla legge, poiché la pena minima di cui al comma 1, pari a due anni di reclusione, è quarantotto volte più elevata rispetto alla pena di cui al comma 2, pari a quindici giorni, senza che tale automatismo possa legittimamente apparire giustificato alla luce del solo *status* di recidivo reiterato, posto anche che l'art. 99 comma 4 c.p. prevedrebbe di per sé un aumento di pena della metà o di due terzi. Le conseguenze del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al secondo comma dell'art. 648 c.p. sulla recidiva si dimostrano dunque manifestamente irragionevoli anche perché annullano la differenza tra le due diverse cornici edittali tra primo e secondo comma, delineate dal legislatore stante la rilevante ampiezza dei confini della figura incriminatrice³⁹⁹. La Corte ha, inoltre, nuovamente ribadito il

³⁹⁹ "L'ordinamento penale, per alcune fattispecie di reato, prevedrebbe la pena per le ipotesi meno gravi, aggiungendo una serie di circostanze aggravanti per i casi di maggiore allarme sociale. La ricettazione sarebbe disciplinata, invece, in modo diverso, perché la legge fissa la pena base per le ipotesi più gravi, prevedendo poi una circostanza attenuante per adeguare la sanzione quando si tratta di casi di particolare tenuità, nei quali il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata produrrebbe conseguenze sanzionatorie irragionevoli, determinando l'equiparazione, ai fini sanzionatori, di casi oggettivamente lievi a casi di particolare allarme sociale. [...] Nel caso in esame assume particolare rilievo non tanto la divaricazione tra i livelli massimi della pena detentiva prevista

proprio potere di verifica di costituzionalità delle cornici edittali, legittimamente configurate dal legislatore nell'esercizio della propria potestà in materia di scelte di politica criminale, nelle specifiche ipotesi in cui vi sia una manifesta sproporzione tra condotta e sanzione penale.

La seconda questione di costituzionalità in merito alla legittimità dell'art. 69 comma 4 c.p. era stata sollevata dalla Sezione III della Corte di Cassazione e ha avuto il suo esito nella sentenza della Corte Costituzionale n. 106 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità del medesimo articolo nella parte in cui sancisce il divieto di prevalenza dell'attenuante *ex art. 609 bis* comma 3 c.p., in tema di violenza sessuale di minore gravità, sulla recidiva reiterata. Con la legge 15 febbraio del 1996 n. 66 sono stati unificati i reati di violenza carnale e di atti di libidine violenti nella onnicomprensiva fattispecie di violenza sessuale *ex art. 609 bis* c.p., nella quale dunque sono ricompresi fatti che si differenziano sotto il grado del profilo offensivo; al contempo è stata introdotta al terzo comma della norma una circostanza attenuante ad effetto speciale per i casi di "minore gravità", in modo da consentire al legislatore di mantenere in qualche modo distinte le due differenti ipotesi criminologiche, portatrici di diverso disvalore oggettivo e soggettivo⁴⁰⁰. L'ipotesi attenuata di minore gravità prevede la possibilità di ridurre fino a due terzi la pena

nei due commi, quanto, come ha rilevato la Corte rimettente, quella tra i livelli minimi, perché, per effetto della recidiva reiterata, il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di particolare tenuità (15 giorni di reclusione) viene moltiplicato per 48, determinando un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto per tale recidiva dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi."

⁴⁰⁰ "Proprio l'introduzione dell'unitaria nozione di atto sessuale – la quale, pur continuando «ad avere come punti di riferimento da un lato la congiunzione carnale e dall'altro gli atti di libidine, [...] intende distaccarsi dalla fisicità e materialità della distinzione per apprestare una più comprensiva ed estesa tutela contro qualsiasi comportamento che costituisca una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale» – ha fatto sorgere «l'esigenza di introdurre una circostanza attenuante per i casi di minore gravità (art. 609 *bis*, terzo comma, c.p.). Mediante una consistente diminuzione (in misura non eccedente i due terzi) della pena prevista per il delitto di violenza sessuale (fissata, nel minimo, in cinque anni di reclusione), risulta così possibile rendere la sanzione proporzionata nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità» (sentenza n. 325 del 2005). La circostanza attenuante prevista dal terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p. per i «casi di minore gravità» si pone, pertanto, «quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato» (sentenza n. 325 del 2005). Peraltro, la concorde giurisprudenza della Corte di cassazione considera l'attenuante in esame applicabile «in tutte quelle fattispecie in cui avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione, sia possibile ritenere che la libertà sessuale, personale della vittima sia stata compressa in maniera non grave, ed implica la necessità di una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 c.p.» (Cassazione, sezione quarta penale, 12 aprile 2013, n. 18662, nonché sezione terza penale, 13 novembre 2007, n. 45604 e 7 novembre 2006, n. 5002)".

comminata per il reato base; l'impossibilità di applicare l'attenuante al recidivo reiterato finiva per sottoporre il reo, anche per fatti di minore offensività, alla cornice edittale prevista per la fattispecie base, subendo quindi un aggravio di pena pari nel minimo a tre anni e due mesi di reclusione. Anche in questa occasione è parsa dunque apprezzabile un'alterazione dei principi di personalizzazione e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, nonché la riconducibilità della maggiorazione della pena a elementi soggettivi del fatto e non al suo profilo offensivo. La Corte Costituzionale ha inoltre riscontrato che il divieto posto dall'art. 69 comma 4 c.p. relativamente alla questione in esame risulta costituzionalmente illegittimo vanificando la scelta del legislatore del 1996 di collocare le due differenti tipologie di violenza sessuale, ordinaria e di minore gravità, in due distinti profili sostanziali. Condividendo le valutazioni della Cassazione rimettente, la Corte Costituzionale afferma che l'applicazione dell'art. 69 comma 4 c.p. ai casi di violenza sessuale di minore gravità comporterebbe la palese violazione del principio di proporzione tra fatto e pena, con negative conseguenze anche in ordine alla funzione rieducativa della pena, nonché dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, a causa dell'equiparazione sostanziale di situazioni differenti.

Le valutazioni operate dalla Consulta in tutte queste situazioni si sono dunque articolate, da un lato, secondo il profilo quantitativo, rivolgendo particolare attenzione alle circostanze attenuanti che presentino un notevole divario "quantitativo" tra la propria cornice edittale e quella del reato base, dall'altro lato, secondo il profilo qualitativo, valorizzando i differenti contenuti criminologici sottesi ai reati ordinari e alle corrispondenti fattispecie attenuate. In definitiva, secondo la Corte Costituzionale vi sono alcune circostanze attenuanti previste dal sistema penale che necessariamente devono poter imporsi sulla recidiva reiterata, anche a dispetto di quanto stabilito all'art. 69 comma 4 c.p., nei casi in cui queste comportino una riduzione di pena significativa rispetto all'ipotesi base e allo stesso tempo siano contraddistinte da degli elementi tipici eterogenei rispetto alla fattispecie di reato ordinario.

3. Dubbi di costituzionalità rispetto alla recidiva obbligatoria ex art. 99 comma 5 c.p.

Novità di rilievo apportata dalla legge *ex* Cirielli è stata, come precedentemente illustrato, l'introduzione al comma 5 dell'art. 99 c.p. dell'ipotesi di recidiva obbligatoria nell'*an* e vincolata nel *quantum*. Il contenuto della norma è costruito mediante il rimando al catalogo dei delitti indicati all'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p., adottando quindi il modello di una recidiva "specificata", ossia circoscritta ad una determinata tipologia di reati. La dottrina ha da subito e uniformemente sollevato diverse perplessità in relazione a tale fattispecie, in primo luogo proprio con riguardo al criterio con cui il legislatore ha operato il rinvio alla norma processuale, dal momento che questa individua un gruppo di reati selezionati per finalità ben precise, che non necessariamente risultano significativi nell'identificare un peculiare disvalore nella reiterazione criminosa. Inoltre, si è osservato che tale ipotesi di recidiva, a partire dal carattere obbligatorio e vincolato e basandosi su una presunzione legale di incremento della capacità criminale e della pericolosità del reo, si porrebbe in contrasto con i principi di adeguatezza del trattamento sanzionatorio alla concreta gravità del fatto e alla personalità dell'imputato, con i conseguenti rischi di applicazione di pene eccessivamente severe e lontane dalla tendenziale funzione rieducativa.

La materia in questione risulta dunque paradigmatica dell'intenzione del legislatore di comprimere alcuni spazi di discrezionalità giudiziale e, proprio a fronte di tale risultato, anche in questo caso, la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale hanno operato al fine di restituire dei margini di autonomia decisionale ai giudici, intervenendo sui meccanismi presuntivi presenti nella disciplina. In primo luogo, al fine di ampliare i contorni della discrezionalità giudiziale, la Corte di Cassazione⁴⁰¹ è intervenuta a stabilire che l'unica ipotesi di recidiva obbligatoria presente nell'ordinamento è quella prevista al comma quinto dell'art. 99 c.p., fugando i dubbi interpretativi che erano sorti in relazione alle fattispecie di recidiva pluriaggravata e reiterata. In secondo luogo la giurisprudenza ha individuato ipotesi in cui al giudice è consentito non applicare l'aumento di pena per la recidiva obbligatoria, ad esempio nel caso di concorso tra tale circostanza e una o più circostanze attenuanti: la

⁴⁰¹ Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798 e Cass. Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738.

Cassazione⁴⁰² ha riconosciuto che anche la recidiva obbligatoria partecipa al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., con il solo limite, qualora si tratti di recidiva reiterata obbligatoria, del divieto di prevalenza tra le attenuanti e la recidiva stessa. Le Sezioni Unite⁴⁰³ hanno anche osservato che l'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva non comporta una deroga all'art. 63 comma 4 c.p., dunque nel caso in cui essa comporti un aumento di pena superiore a un terzo viene a costituire una circostanza ad effetto speciale e, ove concorra con altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, soggiace alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, che il giudice può aumentare.

La Corte Costituzionale, con l'ordinanza di manifesta inammissibilità del 29 maggio 2009, n. 171, ha provato a fornire una soluzione ermeneutica volta ad ampliare i margini della discrezionalità giudiziale, ritenendo che, affinché si configuri la recidiva obbligatoria, debba rientrare nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p. non solo il nuovo delitto, ma anche il reato oggetto della precedente condanna. La Corte Costituzionale elabora dunque una lettura restrittiva e garantista del comma 5 dell'art. 99 c.p., pur collocandosi nell'ambito dell'indirizzo minoritario della giurisprudenza, dal momento che l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione⁴⁰⁴ pare invece conforme nel ritenere che il regime di obbligatorietà operi quando è il nuovo delitto ad essere compreso nell'elenco contenuto nella norma processuale.

Il 10 settembre 2014 è stata depositata una questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla V Sezione della Corte di Cassazione in riferimento al comma 5 dell'art. 99 c.p. per contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza e di proporzionalità della pena, in merito alla quale tuttavia la Corte Costituzionale non si è ancora espressa. La Corte ricostruisce in primo luogo l'elaborazione giurisprudenziale in materia, sottolineando gli aspetti che considera ormai acquisiti, ossia la rimozione di ogni dubbio circa l'obbligatorietà della sola ipotesi di cui al comma 5 del c.p., la natura di tale ipotesi di particolare qualificazione delle figure di cui ai quattro commi precedenti, e non invece di forma autonoma di recidiva, e infine

⁴⁰² Cass. Sez. I, 15 aprile 2008, n. 17313.

⁴⁰³ Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798.

⁴⁰⁴ Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798. La medesima soluzione è stata però fornita dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 183 del 2011.

la necessità dell'inclusione del solo nuovo delitto nel catalogo *ex art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.*

Il giudizio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità muove, per quanto riguarda il profilo del vizio di irragionevolezza, dalla premessa che il fondamento della recidiva facoltativa sia il medesimo di quello della recidiva obbligatoria, da ravvisarsi, in accordo con le passate e consolidate acquisizioni giurisprudenziali, nella più accentuata colpevolezza e nella maggiore pericolosità sociale. L'automatismo posto dal legislatore unicamente in relazione ai casi di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p., che impedisce al giudice di compiere valutazioni concrete, appare però alla Corte intrinsecamente irragionevole, in quanto non risponde ai dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*⁴⁰⁵. La norma impugnata risulta nell'ottica della Cassazione snaturare il fondamento che viene comunemente attribuito alla recidiva, eliminando il rapporto di significatività tra il vecchio reato e il nuovo. Il vizio di irragionevolezza porterebbe con sé quello relativo alla disparità di trattamento, dal momento che l'art. 99 comma 5 c.p. riserverebbe un trattamento identico a situazioni eventualmente diverse, e alla proporzionalità della pena, in contrasto con l'art. 27 comma 3 della Costituzione. La Corte conclude la propria motivazione con un argomento "cautelativo", non limitandosi a censurare, nella prospettiva dell'art. 3 della Costituzione, la disparità di trattamento, poiché la Corte Costituzionale nella decisione n. 5 del 1977, aveva già

⁴⁰⁵ "Il riferimento ad un determinato reato espressivo (ovvero a una categoria o a un "elenco" di reati espressivi) è in radice inidoneo a fornire alla presunzione in cui si sostanzia la norma censurata dati di esperienza generalizzati in ordine alla sintomaticità del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo (Corte Cost., sentenza n. 183 del 2011), sintomaticità il cui accertamento, come si è visto, richiede la verifica in concreto di una serie di elementi (...) insuscettibili di trovare effettiva espressione nella mera indicazione del titolo del nuovo delitto commesso e, dunque, di formare oggetto della presunzione assoluta di cui alla norma censurata. [...] Svincolata dall'accertamento in concreto sulla base dei criteri applicativi indicati e affidata alla sola indicazione del titolo del nuovo delitto, l'applicazione obbligatoria della recidiva viene privata di una base empirica adeguata a preservare il fondamento della circostanza aggravante (ossia l'attitudine della ricaduta nel delitto ad esprimere una più accentuata colpevolezza e una maggiore pericolosità del reo), risolvendosi in una presunzione assoluta – appunto – di più accentuata colpevolezza o di maggiore pericolosità del tutto irragionevole. [...] Ribadita l'identità del fondamento della recidiva indipendentemente dal regime di facoltatività o di obbligatorietà della relativa disciplina ed esclusa, alla luce delle considerazioni svolte, l'idoneità della mera indicazione legislativa di reati ritenuti di particolare gravità e allarme sociale ad esprimere, secondo la logica della presunzione, la concreta significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza o della maggiore pericolosità del reo, il ripudio, imposto dalla giustificazione costituzionale dell'istituto, di "qualsiasi automatismo, ossia dell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra status della persona e reato commesso", rende ragione – anche – della prospettata questione di legittimità costituzionale".

respinto una questione per certi versi assimilabile⁴⁰⁶. La Cassazione infatti, da un lato, motiva il diverso esito, cui auspica si giunga, facendo leva sulla modifica del sistema giuridico evolutosi principalmente in forza del diritto vivente⁴⁰⁷, dall'altro lato, sottolineando la specificità della questione odierna, che poggia sull'irragionevolezza intrinseca e non solo su una questione di uguaglianza⁴⁰⁸.

4. Correttivi al regime esecutivo per i recidivi reiterati.

Le modifiche apportate dalla legge 251/2005, che secondo la prevalente dottrina ha «elevato la recidiva a “potenza”, configurandola, a guisa di “moltiplicatore” penale e penitenziario, quale punizione “per” la punizione»⁴⁰⁹, hanno riportato una notevole incidenza sulla sfera dell'esecuzione penale e si sono così poste in profonda connessione con il costante problema del sovraffollamento dei carceri, spingendo negli ultimi anni il legislatore a intervenire contestualmente sulle due questioni.

⁴⁰⁶ Dopo la riforma del 1974 la Corte Costituzionale infatti dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 di un'ipotesi superstita di recidiva obbligatoria, la recidiva nel contrabbando *ex* art. 296 d.P.R. n. 43/1973, in ragione delle “particolari caratteristiche del reato, che postulano logicamente, per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace”.

⁴⁰⁷ “Per un verso, va osservato che all'epoca della pronuncia (di poco successiva alla riforma del 1974) era ben lungi dall'essersi consolidata la ricostruzione della fisionomia della recidiva cui [...] ha contribuito in modo decisivo l'evoluzione della giurisprudenza avviata dalla sentenza n. 192 del 2007 della Corte costituzionale, un'evoluzione scandita, negli ultimi anni, da vari interventi delle Sezioni unite di questa Corte (il che conferma il recente processo di consolidamento, a fronte di precedenti oscillazioni giurisprudenziali): ora, è proprio sulla fisionomia della recidiva delineata oggi dal diritto vivente che la qui prospettata questione di legittimità costituzionale fa leva, censurando la presunzione assoluta di cui all'art. 99 c.p., comma 5, che prevede l'obbligatoria applicazione della recidiva indipendentemente dall'accertamento in concreto e sulla base dei criteri individuati dalla giurisprudenza della sussistenza delle condizioni “sostanziali” per l'applicazione della circostanza aggravante”.

⁴⁰⁸ “Per altro verso, deve rimarcarsi come la questione decisa dalla sentenza n. 5 del 1977 fosse articolata esclusivamente sotto il profilo della disparità di trattamento in relazione al regime di facoltatività/obbligatorietà della recidiva, rispettivamente, nella disciplina codicistica e in quella *ex* art. 296 cit.: del tutto estraneo al *thema decidendum* allora affrontato dal Giudice delle leggi era il problema della “tenuta”, in termini di ragionevolezza, della presunzione assoluta individuata, invece, nella norma oggi censurata. Al di là della profonda diversità strutturale, rispetto all'art. 99 c.p., comma 5, del D.P.R. n. 43 del 1973, art. 296 (disciplinante una figura di recidiva non solo specifica, ma anche relativa al reato di contrabbando, caratterizzato, secondo la sentenza n. 5 del 1977, da “peculiarità caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi finanziari dello Stato”), la fisionomia attribuita dal diritto vivente alla recidiva, in uno con i termini della questione qui sollevata, esclude che il precedente indicato possa essere di ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale prospettata dalla presente ordinanza”.

⁴⁰⁹ FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Archivio penale*, 2014, fasc. 2, p. 501.

Anche in questo contesto la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza di legittimità hanno operato al fine di reinterpretare le preclusioni di carattere oggettivo, in modo da conferire loro dei caratteri compatibili con i principi costituzionali: uno dei primi aspetti sui quali anche la giurisprudenza si è maggiormente soffermata è stata l'introduzione del nuovo comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* ord. pen., nel quale si prevede che non possano essere concesse più di una volta al recidivo reiterato le misure dell'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 47 ord. pen., della detenzione domiciliare e della semilibertà. Si era rilevata la necessità di una rilettura del comma 7 *bis* dal momento che, così come formulato dal legislatore del 2005, appariva esclusivamente ispirato a finalità retributive e di difesa sociale, e distante invece dagli obiettivi della prevenzione speciale e della funzione rieducativa della pena. Secondo una prima prospettiva, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 79/2007⁴¹⁰, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi i commi 1 e 7 *bis* dell'art. 58 *quater* ord. pen., per contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost., nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti. Una sopravvenuta esclusione dai benefici avrebbe infatti rappresentato un'interruzione dell'*iter* rieducativo, alla quale non corrisponde però un comportamento maggiormente colpevole del condannato⁴¹¹.

La Corte di Cassazione ha invece da subito rivolto l'attenzione al divieto in quanto tale posto dalla norma, osservando che sarebbe contrario alla lettera e al profilo sistematico della legge interpretare il comma 7 *bis* «nel senso che l'applicazione di una qualunque delle misure alternative preclude l'applicazione di una qualsiasi altra diversa misura»⁴¹² e conseguentemente che la disposizione che vieta la plurima concessione «deve essere interpretata nel senso che il divieto non opera

⁴¹⁰ La medesima Corte ha svolto analoghe argomentazioni, rivolgendo sempre una particolare attenzione al principio della progressività del trattamento, nella precedente sentenza n. 257/2006 e nella successiva ordinanza n. 35/2008.

⁴¹¹ “In tal modo l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti”.

⁴¹² Cass. Sez. I, 22 novembre 2006, n. 42415. “Ogni misura penitenziaria ha presupposti e finalità diverse che il legislatore ha sempre tenuto ben presenti e distinti, tanto è vero che ha dedicato uno speciale articolo a ciascuna delle misure, per cui non appare consentito ritenere che l'applicazione di una specifica misura sia preclusiva di qualsiasi altra misura”.

nell'ipotesi in cui l'istanza di riferisca ad una misura alternativa diversa da quella in precedenza applicata»⁴¹³. La Corte Costituzionale si è successivamente pronunciata su tale aspetto con la sentenza n. 291/2010, dichiarando l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58 *quater* comma 7 *bis* ord. pen., sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva reiterata⁴¹⁴. Tuttavia, per essere pienamente conforme a Costituzione, la norma deve, secondo la Corte, essere interpretata nel senso che il divieto di seconda concessione della misura alternativa opera soltanto quando il delitto non colposo espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo aver fruito di una misura alternativa concessa in esecuzione di una pena precedente, a sua volta inflitta con applicazione dell'aggravante *ex* art. 99 comma 4 c.p. Secondo l'opinione dei giudici remittenti l'impossibilità assoluta di accedere alla misura alternativa contrasterebbe con il principio di ragionevolezza, in quanto dipenderebbe da una condizione soggettiva non necessariamente sintomatica di una maggiore attuale pericolosità del condannato, nonché con il principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena, poiché essa priverebbe il giudice del potere di valutare in concreto quale sia la modalità di esecuzione della pena più proficua per consentire il reinserimento del condannato. La Corte chiarisce che eventuali presunzioni assolute in materia di benefici penitenziari possono essere costituzionalmente legittime se rispondono a dati di esperienza generalizzati, in ossequio al concetto dell'*id quod plerumque accidit*. Tale regola risulterebbe violata se il disposto di cui all'art. 58 *quater* comma 7 *bis* ord. pen. viene interpretato come preclusivo dell'accesso ai benefici penitenziari già alla prima applicazione della recidiva reiterata: diversamente invece appare quando il soggetto è stato dichiarato recidivo reiterato già una prima volta e, dopo aver fruito di una misura alternativa, commette un nuovo delitto per il quale viene applicata la

⁴¹³ Cass. Sez. I, 22 dicembre 2006, n. 5853.

⁴¹⁴ “Muovendo da tali premesse generali, questa Corte osserva che il giudice rimettente non ha preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione restrittiva, nel senso che l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante. Una conforme indicazione ermeneutica, per quanto in particolare concerne la pertinenza del divieto ad una seconda sperimentazione del beneficio nella specifica condizione di recidivo reiterato, proviene dai lavori parlamentari propedeutici all'approvazione della legge di riforma”.

circostanza aggravante ex art. 99 comma 4 c.p., ritenendosi così non più irragionevole una prognosi di senso negativo circa la futura condotta del condannato⁴¹⁵.

Sotto il profilo degli atti normativi è possibile constatare come in occasione dei provvedimenti adottati negli ultimi anni, in modo particolare in relazione alle questioni legate al sovraffollamento carcerario, il legislatore pare aver intrapreso un percorso di progressiva inversione delle scelte operate con la legge 251/2005 in merito alla figura del recidivo e, in particolare, del recidivo reiterato. Una prima dimostrazione di quanto si è detto può essere tratta dalla legge n. 199 del 2010, con cui il legislatore ha tentato di contenere il sovraffollamento degli istituti penitenziari introducendo una forma di “detenzione domestica” per le pene più brevi nel limite di un anno⁴¹⁶. Il dato più rilevante per la materia in questione consiste nel fatto che tra le categorie dei non ammessi al beneficio non compare nessuna delle tipologie di recidivo, nemmeno quello reiterato: dunque, purché ricorrano le condizioni oggettive e soggettive richieste dalla legge, anche nei confronti del recidivo reiterato può essere disposta la sospensione dell’esecuzione della pena non superiore a un anno e la conseguente fruizione della modalità domiciliare, la quale potrà essere concessa anche più volte in caso di successive carcerazioni, in quanto il comma 8 dell’art. 1 esclude l’applicabilità dell’art. 58 *quater* comma 7 *bis* ord. pen.

È così parso a diversi autori⁴¹⁷ che con tale provvedimento normativo il legislatore abbia iniziato un percorso di revisione dell’impianto della legge *ex* Cirielli⁴¹⁸ e della sua particolare ostinazione punitiva nei confronti del recidivo reiterato che ha

⁴¹⁵ Cass. Sez. I, 12 marzo 2014, n. 14687. Tale preclusione, quindi, “opera in modo *assoluto* solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante”.

⁴¹⁶ La misura, inizialmente immaginata come temporanea, è stata “stabilizzata” tramite il d.l. 23 febbraio 2013 n. 146 e con la legge 17 febbraio 2012, n. 9 l’ambito oggettivo di operatività è stato elevato a tutte le pene comprese nei diciotto mesi.

⁴¹⁷ Ad esempio, FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio*, cit., p. 506 e DELLA CASA F., *Approvata la legge c.d. snuota-carceri: un 'altro pannicello caldo per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Diritto penale e processo*, 2011, I, p. 5.

⁴¹⁸ La consapevolezza della rilevanza dell’impatto della legge *ex* Cirielli sulle preclusioni in ambito di esecuzione della pena emerge peraltro dai rilievi operati dal Ministro della Giustizia nella seduta della Commissione Giustizia del 14 aprile 2010, nel corso dell’*iter* parlamentare della legge n. 199/2010: “È altamente probabile molti degli oltre 10.000 detenuti sopra indicati non abbiano potuto usufruire delle altre misure alternative alla detenzione per effetto delle preclusioni introdotte dalla legge n. 251/2005 (cosiddetta *ex* Cirielli) che, come è noto, ha previsto come causa ostativa generale la sussistenza della recidiva di cui all’articolo 99, quarto comma, del codice penale, anche se una stima precisa non appare possibile stante la presenza di margini discrezionali nelle valutazioni dei Tribunali di Sorveglianza circa l’eventuale rischio di commissione di altri reati”. (Documentazione prodotta dal Governo, all. 3 del Resoconto della seduta)

visto come ulteriore momento significativo l'approvazione del d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 94. In questo caso il Governo e il legislatore sono intervenuti per apportare “disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”, sulla scorta anche dell'impulso proveniente dalla sentenza “Torreggiani” emanata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴¹⁹. Tra le modificazioni introdotte dalla legge al procedimento di esecuzione e alla disciplina dell'ordinamento penitenziario, la novità di maggiore rilievo riguarda il ripudio delle scelte penitenziarie contenute nella legge 251/2005, con particolare riguardo per la disciplina deteriore riservata ai condannati recidivi reiterati. Nonostante lo spirito conservatore del Senato, che tendeva a mantenere la legge *ex Cirielli*, la Camera dei Deputati ha confermato alcune rilevanti modifiche all'art. 656 c.p.p., tra le quali figura la soppressione del comma 9 lett. *c*, laddove inibiva a detti condannati la sospensione dell'ordine di esecuzione, anche nelle ipotesi in cui la pena fosse stata inferiore ai tre anni, precludendo dunque la possibilità di fruire immediatamente delle misure alternative alla detenzione⁴²⁰. Non tutte le innovazioni prospettate nel decreto legge sono però state confermate nella legge di conversione: il provvedimento d'urgenza risultava chiaramente volto alla rimozione degli elementi ostativi introdotti dalla legge 251/2005, avendo abrogato tutte le disposizioni che introducevano preclusioni ovvero soglie di espiazione della pena superiori a carico dei condannati recidivi reiterati, tra tutte, appunto, in primo luogo il comma 9 lett. *c* dell'art. 656 c.p.p. Il decreto legge ha infatti inciso sulla disciplina della detenzione domiciliare, abrogando il comma 1.1 dell'art. 47 *ter* ord. pen, che abbassava la fruibilità della particolare tipologia adottata per ragioni c.d. “umanitarie” alle sole pene non superiori a tre anni di reclusione, frustrando così la peculiare logica sottesa all'istituto, e il comma 1 *bis* che, parificandoli ai condannati per i reati dell'art. 4 *bis* ord. pen., inibiva la concessione della detenzione domiciliare generica ai recidivi reiterati. Nella

⁴¹⁹ Sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, adottata l'8 gennaio 2013, con la quale la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), affrontando il problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano.

⁴²⁰ FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio*, cit., p. 514. Viene anche riportato il Parere depositato dall'ANM presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in data 30 luglio 2013, il quale rilevava come il testo licenziato dal Senato fosse irrazionale, dal momento che “esiste già una norma, la legge 26 novembre 2010, n. 199, che da oltre 3 anni consente anche ai recidivi reiterati di espriare la pena a domicilio. Quindi, è un controsenso ripristinare una preclusione, impedendo al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione per i recidivi reiterati, quando già dal 2010 e fino al 31 dicembre 2013, data in cui è prevista la scadenza della legge, questi possono accedere, con un provvedimento del magistrato di sorveglianza, alla misura domiciliare”.

medesima ottica è stato anche abrogato l'art. 50 *bis* ord. pen., che, in tema di semilibertà, riservava un trattamento maggiormente afflittivo per i recidivi *ex* art. 99 comma 4 c.p. Nel corso dell'esame parlamentare si è invece deciso, a dispetto delle abrogazioni previste nel decreto legge, di mantenere in vigore le previsioni di cui all'art. 30 *quater* e al comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* ord. pen., relativi alla concessione dei permessi premio e al limite di una sola concessione ai recidivi reiterati dei benefici dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà.

Nuovamente nell'ottica di una politica deflativa, volta, da un lato, a contenere il flusso di detenuti in ingresso in carcere e, dall'altro lato, ad aumentare per converso quello in uscita, si è posto anche il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10. Nell'ambito di alcune modifiche apportate al d.P.R. 309 del 1990 in materia di stupefacenti, il legislatore è intervenuto sull'art. 73 configurando come ipotesi autonoma, punita con pena più lieve, la fattispecie circostanziale contemplata al comma 5. Alla base di tale innovazione legislativa stava infatti anche l'intenzione di neutralizzare le limitazioni che la legge *ex* Cirielli aveva apposto all'esercizio del potere discrezionale del giudice in caso di recidiva reiterata: prevedendo un'autonoma ipotesi di reato si è voluto di fatto escludere la possibilità che il fatto di "lieve entità" rientri, al pari delle altre circostanze, nel giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., notevolmente irrigidito dalla riforma del 2005⁴²¹. Infine, il 23 dicembre 2014 il Governo ha presentato alla Camera dei Deputati un disegno di legge avente ad oggetto modifiche che investono il codice penale e il sistema sanzionatorio, il codice di procedura penale e l'ordinamento penitenziario⁴²²: tra le linee programmatiche prospettate per la specifica delega al Governo per la "riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario" è espressamente contemplata la «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo», confermandosi in questo modo la più recente tendenza del

⁴²¹ In merito alla correlazione tra l'ipotesi di recidiva reiterata e fattispecie di lieve entità si veda il par. 2 del capitolo III.

⁴²² Il testo è attualmente oggetto di esame presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (AC2798).

legislatore a ristabilire in materia di recidiva margini più ampi per la discrezionalità del giudice, a discapito dei rimanenti automatismi.

CAPITOLO IV

PROFILI EMPIRICI: I TASSI DELLA RECIDIVA

SOMMARIO: 1. La definizione problematica dei tassi di recidiva. – 2. Prospettive di riduzione dei tassi di recidiva: due studi intorno al rapporto tra i tassi di recidiva ed esecuzione della pena. - 2.1. Le misure alternative alla detenzione e l'abbattimento della recidiva. - 2.2. L'impatto delle modalità di trattamento penitenziario e delle condizioni di detenzione sui tassi di recidiva.

1. La definizione problematica dei tassi di recidiva.

La recidiva dei soggetti provenienti da una pregressa esperienza di esecuzione penale, pur costituendo un frequente argomento di discussione nell'ambito del dibattito giuridico e politico, resta un fenomeno, in ambito italiano, poco conosciuto quanto alla sua reale entità. Se infatti il frequente reingresso in carcere di soggetti che ne erano precedentemente usciti pare essere un dato generalmente assunto dall'opinione pubblica, al cui conseguente allarme sociale solitamente viene opposto il principio della certezza della pena prevalentemente, però, in chiave di inflessibilità dello strumento penale, tale materia deve scontare un'oggettiva scarsità di monitoraggi ufficiali del fenomeno e la frammentarietà delle esigue indagini empiriche.

Un primo punto problematico nell'analisi dei tassi di recidiva riguarda la definizione del fenomeno: l'accezione formale fornita dal codice penale all'art. 99 indica come recidivo meritevole di uno specifico aumento di pena «chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro», a tale figura sono affiancate poi le ipotesi aggravate di recidiva specifica e recidiva infraquinquennale, nonché la particolare variante della recidiva reiterata. Tale definizione giuridica tuttavia non risulta sempre funzionale agli obiettivi della ricerca empirica: da un punto di vista sociologico le definizioni di recidiva possono essere diverse, dal momento che l'analisi dei comportamenti devianti può richiedere che vengano utilizzati dei criteri di valutazione e delle metodologie che non

necessariamente corrispondono al dettato normativo⁴²³, è quindi necessario sottolineare che in questi casi il significato di recidiva non è da intendersi come un criterio assoluto, bensì come la conseguenza di scelte soprattutto di carattere metodologico. Il carattere di relatività riguarda anche i risultati delle ricerche empiriche, quindi se da un lato appare opportuno adottare i tassi della recidiva come strumento di verifica dell'efficacia degli istituti dell'esecuzione penale nella realizzazione degli obiettivi loro assegnati, dall'altro lato appare maggiormente corretto collocare il fenomeno della recidiva in un quadro più articolato e complesso, nel quale l'eventuale reingresso in carcere di una persona già condannata non sia valutato unicamente come fallimento del percorso di reinserimento e, di conseguenza, attribuire all'indice offerto dai tassi di recidiva un significato appropriato⁴²⁴.

Per quanto riguarda i monitoraggi ufficiali, il Ministero della Giustizia non rileva in modo specifico i dati relativi alla recidiva, ma risultano in ogni caso interessanti per la materia in questione le informazioni fornite dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria in merito al numero di detenuti con alle spalle precedenti carcerazioni⁴²⁵. Sommando gli ultimi dati messi a disposizione, relativi ai

⁴²³ All'esito di un monitoraggio sui metodi di valutazione della recidiva svolto alla fine degli anni '80 in seno al Consiglio d'Europa, si rilevò che, per portare a termine i 23 studi analizzati, erano stati utilizzati 15 differenti criteri e solo in una occasione le ricerche avevano fatto riferimento alla definizione legale di recidiva. TOURNIER P., *Réflexion méthodologique sur l'évaluation de la récidive. Recension des enquêtes de récidive menées depuis 1980 dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Paris, CESDIP, *Etudes et Données pénales*, n. 56, 1988.

L'autore inoltre rileva con particolare riferimento agli studi condotti in Italia l'insufficienza dell'attenzione agli aspetti metodologici, sottolineando un aspetto dei monitoraggi empirici svolti in Italia, tuttora criticato, carenti sotto il profilo dell'indicazione dei criteri di analisi del fenomeno e delle procedure di definizione adottate. MANCONI L. – TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*.

⁴²⁴ MANCONI L. – TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci editore, 2015. In particolare il riferimento corre ai “processi di selezione del crimine”, nell'ambito dei quali “la recidiva può essere interpretata all'interno di dinamiche che sono state efficacemente descritte attraverso la metafora del *processo di criminalizzazione*”; viene inoltre sottolineato che “la consapevolezza dell'essenza del dato sulla recidiva come frutto di un processo di definizione implica, inoltre, la consapevolezza di diffidenza verso l'utilizzo strumentale dei dati sul fenomeno che con frequenza caratterizza il campo politico.”

⁴²⁵ Il dato dei soggetti presenti in carcere con esperienze di carcerazioni precedenti non è necessariamente corrispondente in modo assoluto a quello dei soggetti recidivi in senso giuridico, dal momento che è possibile che nelle singole sentenze di condanna non sia contestata la recidiva, il cui riconoscimento non è legato al mero numero di condanne precedenti. Inoltre, se si utilizza un criterio “fattuale” per affrontare il fenomeno della recidiva, prendendo in considerazione dunque i soggetti rientrati in carcere dopo una precedente incarcerazione, occorre anche considerare che una parte di tali soggetti potrebbe poi non risultare condannata nel processo penale, trovandosi, ad esempio detenuti in attesa del giudizio. In questo senso è possibile che tale criterio tenda a sovrastimare il fenomeno della recidiva rispetto al dato giuridico.

detenuti presenti in carcere al 24 settembre 2012, emerge che oltre il 67% dei detenuti italiani e il 37% dei detenuti stranieri aveva alle spalle più di una carcerazione.

Numero di carcerazioni precedenti	Detenuti presenti alle 0.0 del 24/09/12			% su totale presenti	
	italiani	stranieri (*)	Totale	italiani	stranieri
nessuna	13.995	15.220	29.215	32,8	63,7
fino a 4	20.524	8.113	28.637	48,1	33,9
da 5 a 9	6.463	504	6.967	15,1	2,1
da 10 a 14	1.353	50	1.403	3,2	0,2
15 e oltre	332	14	346	0,8	0,1
Totale	42.667	23.901	66.568	100,0	100,0

Fonte: DAP - Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del S. I. A. - Sezione Statistica

(*) per gli stranieri il numero di carcerazioni precedenti risulta sottostimato a causa delle maggiori difficoltà di identificazione di questi soggetti rispetto agli italiani.

Un dato parzialmente inferiore, ma nel quale sono sommati i detenuti italiani e i detenuti stranieri, è riportato dalle statistiche giudiziarie ISTAT, che riportano il numero totale di condannati in procedimenti penali e, tra questi, quanti avevano già subito una precedente condanna, secondo le quali nel 2011 il 45,6% dei detenuti non aveva avuto carcerazioni precedenti, il 41,8% ne aveva avute da 1 a 4 e il restante 12,6% più di 5⁴²⁶. Tali risultanze possono inoltre essere accostate alle rilevazioni sui condannati per delitto e contravvenzione con sentenza irrevocabile iscritti nel casellario giudiziale, dalle quali emerge che sempre nel 2011 il numero di soggetti condannati con applicazione della recidiva era pari a 30.796.

	Anno	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
		▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼	▲▼
→ Precedenti penali e recidiva													
■ recidiva		28 118	26 770	25 812	25 139	28 179	30 210	23 548	30 348	35 151	37 620	31 606	30 796
recidiva	recidiva specifica	15 467	14 581	14 264	13 949	16 707	19 784	14 014	16 178	17 477	18 280	16 307	15 808
	recidiva generica	12 542	12 065	11 435	11 125	11 408	10 362	9 496	14 101	17 600	19 266	15 224	14 925
	recidiva generica e specifica	109	124	113	65	64	64	38	69	74	74	75	63

Dati estratti il 04 giu 2015, 10h33 UTC (GMT), da I.Stat

⁴²⁶ ISTAT, *I detenuti nelle Carceri Italiane*, Anno 2011, p.1. in www.istat.it.

Infine, dati più recenti provengono dal XI Rapporto nazionale sulle condizioni detentive pubblicato dall'Associazione Antigone nel 2015, nel quale si afferma che al 31 dicembre 2013, dei 62.536 detenuti presenti negli istituti penitenziari nazionali, 35.709, quindi più della metà, erano già stati in carcere una o più volte⁴²⁷.

Come è possibile rilevare dall'esame delle riforme succedutesi nel tempo, che hanno alternato momenti di maggiore impronta repressiva a momenti di maggiore flessibilità, gli interventi operati dal legislatore sulla configurazione dell'istituto della recidiva offrono un valido riscontro dei più ampi indirizzi di politica criminale, nonché un possibile esempio in alcuni casi di provvedimenti adottati per rispondere a contingenti occasioni di "allarme sociale". In tale contesto, la rilevanza del ruolo delle ricerche empiriche consiste, oltre che nel fornire un possibile elemento di verifica, con i limiti precedentemente esposti, dell'efficacia degli strumenti dell'esecuzione penale, principalmente nel fare in modo che il dato della recidiva sia introdotto nel dibattito intorno alle politiche pubbliche di controllo della criminalità in modo corretto, apportando degli elementi di razionalità in una materia passibile di condizionamenti di carattere emotivo.

Dalle ricerche empiriche condotte in Italia anche più risalenti possono essere tratte alcune considerazioni in merito al fenomeno della recidiva che si sono rivelate essere affermazioni valide anche alla luce di mutati contesti normativi e sociali⁴²⁸: ad esempio, pare ormai consolidata l'osservazione del fatto che i soggetti con precedenti penali presentino tassi di recidiva superiori rispetto a coloro che non abbiano avuto precedenti condanne e, tra i primi, a chi abbia scontato una pena medio-lunga si associano tassi meno elevati rispetto a quelli di coloro che avevano scontato una pena breve. Tale ultimo dato si collega peraltro con l'aspetto legato al dato anagrafico dei soggetti recidivi, dal momento che è stato osservato che parallelamente all'avanzamento dell'età è statisticamente meno frequente la reiterazione dei reati.

⁴²⁷ Antigone, *Oltre i tre metri quadrati. XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, Edizioni Gruppo Abele, 2015.

⁴²⁸ Il riferimento è ai risultati dello studio "La recidiva postpenitenziaria. Contributo a un'indagine comparativa internazionale" contenuto nei Quaderni dell'Ufficio Studi e Ricerche della Direzione Generale per gli Istituti di Prevenzione e Pena del 1973, come riportati in MANCONI L. – TORRENTE G., *cit.*

2. Prospettive di riduzione dei tassi di recidiva: due studi intorno al rapporto tra tassi di recidiva ed esecuzione della pena.

Le più recenti ricerche in merito al fenomeno della recidiva si sono occupate di indagare il rapporto esistente tra la condanna, l'esecuzione penale e la recidiva, intendendo valutare l'impatto prodotto dall'applicazione delle misure alternative alla detenzione o da particolari modalità di trattamento penitenziario sui tassi di recidiva, giungendo a rilevare come tendenzialmente a un maggiore ricorso al carcere corrispondano percentuali progressivamente più alte di condannati recidivi. In particolare, in molti casi il carcere, lontano dal realizzare la funzione risocializzativa cui secondo i principi costituzionali dovrebbe tendere, viene a configurare un fattore di consolidamento del percorso criminale dei detenuti e, parallelamente al crescere del numero delle esperienze detentive, anche della stessa recidiva⁴²⁹.

2.1. Le misure alternative alla detenzione e l'abbattimento della recidiva.

Nel 2007 Fabrizio Leonardi, direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia ha svolto una ricerca⁴³⁰ al fine di indagare come oggetto di studio il tasso di recidiva tra i soggetti che abbiano compiuto il percorso previsto dalla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico⁴³¹, a fronte

⁴²⁹ Sotto questo profilo, infatti, è possibile affermare che la pluralità di esperienze detentive porta a un progressivo deterioramento dei legami, di vario genere, con la società esterna, determinando maggiori difficoltà ai fini di un positivo reingresso attivo in società. I dati rilevati in occasione di una ricerca che ha valutato l'effettiva recidiva dei soggetti beneficiari del provvedimento di indulto del 2006 [TORRENTE G., *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, in *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, a cura di CAMPESI G., RE L., TORRENTE G., L'Harmattan Italia, 2009] sembrano infatti confermare, da un lato, il progressivo aumento dei tassi di recidiva con l'aumentare del numero delle precedenti carcerazioni e, dal lato invece dell'analisi delle tipologie di reati commessi dai soggetti rientrati in carcere, l'immagine del soggetto recidivo che prevalentemente versa in condizioni di marginalità, riscontrandosi un significativo aumento percentuale, per i soggetti recidivi, dei reati contro il patrimonio, accompagnato da una riduzione dei reati contro la persona, che peraltro vengono commessi per la maggior parte nel breve periodo successivo alla scarcerazione.

⁴³⁰ LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, n. 2, 2007.

⁴³¹ Sono infatti previste due forme di affidamento in prova al servizio sociale, ordinario (art. 47 ord. pen) e terapeutico (art. 94 d.P.R. 309/1990), che presentano differenti requisiti, sia in merito alla durata della pena da espiare e alle preclusioni per l'accesso, sia alle condizioni che vengono prese in considerazione dal giudice per la concessione della misura, in quanto oltre alla valutazione relativamente alla mancanza di propensione a delinquere, all'osservazione della personalità, alla idoneità del domicilio, del contesto socio-familiare e del contenuto rieducativo della misura, nel caso

dell'idea per cui «il calcolo della recidiva rappresenta una misura più accurata riguardo alla riuscita delle misure alternative alla detenzione» e il tempo trascorso in carcere comporta dei caratteristici effetti in termini di ricaduta del reato.

A partire dall'esigenza di colmare le rilevate lacune in merito alla conoscenza della consistenza e delle caratteristiche che contraddistinguono il fenomeno della recidiva e, contemporaneamente, di affrontare la materia sotto il profilo della sua complessità, valutando gli aspetti problematici sia del singolo soggetto che ricade nel reato, sia dell'istituzione penitenziaria che non riesce a portare a compimento fino in fondo il proprio obiettivo di reinserimento sociale, vengono in primo luogo distinte le differenti accezioni con cui può essere fornita una definizione di recidiva: dal punto di vista del diritto formale ci si richiama alla particolare circostanza del reato individuata dall'art. 99 c.p.; in senso criminologico è recidivo colui che dopo essere stato condannato commette un nuovo reato, anche se questo non viene scoperto, mentre in senso penitenziario si può ritenere recidivo il soggetto che si trovi in carcere o in misura alternativa alla detenzione dopo esservi già stato per scontare una o più condanne. La recidiva risulterebbe un efficace strumento di misura del grado di successo dei sistemi penitenziari e dell'attività rieducativa in primo luogo alla luce del presupposto previsto dall'art. 47 ord. pen. che, nel disciplinare la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, afferma che il provvedimento può essere adottato nel caso in cui si ritenga che possa contribuire “alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati”. Va inoltre tenuto in considerazione che i condannati ritenuti idonei all'ammissione alle misure alternative sono già l'esito di una prima selezione, dal momento che ai fini dell'applicazione delle stesse viene valutata la loro “affidabilità”.

La valutazione della recidiva è stata effettuata tramite «una ricerca quantitativa longitudinale, esaminando il gruppo degli affidati in prova al servizio sociale per i quali la misura è stata archiviata nel 1998 e verificando se gli stessi soggetti, negli anni successivi fino al settembre 2005, hanno commesso ulteriori reati per i quali siano stati condannati con sentenza definitiva. In questo studio non si è tenuto conto se al

dell'affidamento terapeutico è richiesta la certificazione dell'alcoldipendenza o tossicodipendenza da parte di un SerT e la valutazione dell'idoneità del programma di recupero. Il significato primario della misura di tipo ordinario è facilitare il reinserimento del condannato, nel caso dell'affidamento terapeutico invece questo assume la forma dell'obiettivo della disintossicazione del soggetto, il quale peraltro per poter usufruire di tale specifica modalità è tenuto ad accettare volontariamente il programma terapeutico.

momento della misura in esame, archiviata nel 1998, il soggetto risultava già recidivo, proprio perché si intendeva valutare la riuscita di quella specifica misura alternativa alla detenzione terminata nel 1998, prescindendo dalla carriera criminale del singolo intesa in senso criminologico. L'attendibilità della misurazione della recidiva effettuata tramite la consultazione degli archivi del casellario risente però, negativamente, del ritardo con cui può essere effettuato l'aggiornamento di tali archivi». Dai dati raccolti risultano esclusi i casi di affidamento in prova al servizio sociale archiviati nel 1998 che presentavano motivi di cessazione non implicanti l'estinzione della pena o che comportavano l'irreperibilità del soggetto; sono invece stati presi in considerazione gli affidati ordinari, i condannati militari e gli affidati in casi particolari, alcoldipendenti e tossicodipendenti in affidamento terapeutico. I soggetti presi in esame dalla ricerca sono dunque risultati pari a 8.817⁴³², tra i quali, sulla base delle informazioni tratte nel settembre 2005 dal Casellario Giudiziale, hanno riportato nuove condanne iscritte 1.677 soggetti, pari al 19%.

Dallo studio in questione sono emersi altri elementi rilevanti al fine di costruire una corretta rappresentazione del fenomeno della recidiva: un ruolo importante sembra in primo luogo essere rivestito dall'età degli affidati al momento della cessazione della misura, poiché l'eventualità di commettere nuovi reati raggiunge il culmine tra i soggetti considerati nella classe che considera le persone tra i 26 e i 40 anni⁴³³. Un ulteriore aspetto di interesse è rappresentato dal dato geografico, poiché le caratteristiche socio-economiche del territorio influiscono direttamente, da un lato, sulla riuscita effettiva delle misure alternative, che per la loro particolare modalità di esecuzione risentono notevolmente del contesto sociale nel quale vengono attuate, e dall'altro lato, l'ambiente sociale, insieme ai caratteri individuali, influenza la criminalità stessa. Le differenti percentuali di recidiva calcolate con riferimento alle regioni nelle quali aveva sede l'ufficio dell'esecuzione penale esterna che sovrintendeva alla misura alternativa avevano evidenziato

⁴³² Il totale dei soggetti che nel 1998 avevano portato a termine la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale è di 11.336 condannati, tuttavia sono state trovate informazioni presso il sistema informatico del Casellario soltanto su 8.817 di tali soggetti. Dal momento che tale "selezione" è avvenuta in modo casuale si è ritenuto che le valutazioni effettuate sul fenomeno osservato potessero essere generalizzate alla totalità dei casi archiviati nel 1998.

⁴³³ L'età media del campione al momento dell'archiviazione era di 38,77 anni e, a conferma che l'età influenza i comportamenti criminali, che tendono a diminuire con il progredire degli anni, i recidivi sono risultati nel complesso più giovani, dal momento che tra di loro l'età media era di 36,3 anni e 3 soggetti su 4 avevano fino a 42 anni.

un'incidenza maggiore della recidiva nelle regioni centrali (22%), quasi in linea con la media del Nord Italia (19%) e superiore alla media del Sud (18%). Infine, un altro parametro funzionale alla valutazione del rischio di recidiva è il numero di mesi che intercorrono tra la fine della misura e la data della commissione del nuovo reato: dallo studio del 2007 è emerso che il 90% dei recidivi aveva commesso almeno un nuovo reato già entro 54 mesi e in media i soggetti in esame avevano commesso un nuovo reato dopo 25 mesi.

Dalla lettura dei dati relativi alla tipologia di affidamento in prova al servizio sociale risulta che i soggetti alcol dipendenti e tossicodipendenti tornano a delinquere con maggiore frequenza; tale categoria, tuttavia, presenta delle caratteristiche criminologiche peculiari che richiederebbero peraltro un ulteriore approfondimento sulle motivazioni che portano il soggetto ad accettare il trattamento terapeutico⁴³⁴. Considerando, dunque, i tassi di recidiva in relazione alle modalità di affidamento, si rileva che le persone alcol dipendenti o tossicodipendenti, beneficiarie dell'affidamento terapeutico, presentano una percentuale di recidiva pari al 30% se la misura è stata applicata dallo stato di libertà e al 42% per chi ha fruito della misura dopo un periodo di carcerazione. Anche gli affidati ordinari risultano meno recidivi se vengono ammessi alla misura alternativa direttamente dalla libertà, pur essendo il tasso di recidiva inferiore a quello di tossicodipendenti e alcol dipendenti e attestandosi al 21% per gli affidati provenienti da un periodo di detenzione e al 16% per i soggetti provenienti dalla libertà. Sul punto, dunque, la ricerca evidenzia sensibili differenze nei tassi di recidiva in relazione alle modalità di affidamento cui le persone sono sottoposte, che si possono giustificare con le specifiche problematiche connesse allo stato di dipendenza che rendono più elevato il rischio di recidiva per i soggetti sottoposti all'affidamento terapeutico. Anche in questo caso, nonostante la necessaria

⁴³⁴ Ad integrazione della presente ricerca è stato svolto negli anni successivi un ulteriore studio, incentrato proprio sul fenomeno della recidiva in relazione a soggetti tossicodipendenti: LEONARDI F., *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione: il rischio di recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, n. 1, 2009. Lo studio muove dall'intento di verificare la sussistenza di una relazione tra la reiterazione dei reati e l'eventuale stato di dipendenza dei soggetti affidati, nonché valutare la riuscita dell'intervento di tipo terapeutico: a questo fine si è cercato di rilevare la dipendenza effettiva da alcol o sostanze anche per i condannati sottoposti alla misura dell'affidamento ordinario (non tutti i condannati in misura alternativa alla detenzione che hanno problemi di dipendenza sono infatti ammessi all'affidamento terapeutico). I dati relativi al comportamento degli affidati ordinari con problemi di dipendenza sono poi stati confrontati con quelli degli affidati terapeutici ottenuti nel 2007, rilevandosi un tasso di recidiva pressoché analogo tra le due categorie e la conferma della riduzione del rischio di recidiva nei casi in cui l'esecuzione della pena prevede delle alternative alla detenzione in carcere.

precisazione per cui i soggetti che giungono alla misura alternativa sono un campione “selezionato” rispetto ai detenuti complessivi e dunque per certi versi solo parzialmente comparabile con la popolazione che sconta per intero la pena in carcere, si può rilevare una relativa maggiore efficacia della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale nella limitazione della recidiva.

Tale dato è confermato dalla rilevazione cardine dello studio in discussione, che giunge a confrontare la recidiva dei soggetti ammessi all'affidamento in prova con la recidiva dei soggetti detenuti: nel 1998 sono stati scarcerati 5.772 condannati, dei quali 3.951, quasi 7 su 10, corrispondenti al 68,45%, nell'arco di sette anni ha fatto nuovo ingresso in carcere una o più volte con una sentenza di condanna definitiva, a fronte della percentuale notevolmente inferiore dei soggetti recidivi provenienti dalla misura alternativa, pari a due su dieci (19%).

In conclusione, pur non potendo rendere conto dei percorsi individuali che hanno portato alcuni soggetti a commettere nuovamente un reato, che non sempre presentano un collegamento con le modalità effettive di esecuzione della pena, la ricerca evidenzia come le finalità del reinserimento e, dunque, del contenimento della recidiva siano raggiunte in misura maggiore quando l'esecuzione della pena avviene all'esterno del carcere. Gli effetti negativi della prigionizzazione, intesa come l'adattamento al mondo informale penitenziario che instaura modalità di vita e di socializzazione spesso contrastanti con quelle esistenti all'esterno del carcere, sulle possibilità di risocializzazione sembrano riconosciuti dallo stesso legislatore, che ha provveduto a contrastarli, da un lato, con la previsione di misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario e la prevalente attenzione al livello extramurario della legge Gozzini (legge n. 663/1986), e dall'altro lato, dimostrando diffidenza nei confronti delle pene detentive brevi e prevedendo con la legge Simeone (legge n. 165/1998) a introdurre in questi casi la sospensione dell'ordine di carcerazione (art. 656 c.p.p.). Da ciò pare quindi preferibile il rafforzamento di un indirizzo di politica criminale che, al contrario dell'impianto restrittivo della legge *ex Cirielli*⁴³⁵, favorisca, ove possibile, modalità di esecuzione della pena alternative alla detenzione intramuraria attraverso misure che non perseguano soltanto lo scopo

⁴³⁵ Per l'analisi dei provvedimenti limitativi all'accesso alle misure alternative alla detenzione e alla complessiva fase dell'esecuzione penale introdotti dalla l. 251/2005 si veda il paragrafo 6 del capitolo II.

deflativo, bensì anche quello di favorire la risocializzazione dei condannati al fine di contribuire ad interrompere lunghe carriere criminali.

2.2. L'impatto delle modalità di trattamento penitenziario e delle condizioni di detenzione sui tassi di recidiva.

Non tutti i condannati, anche a parità di pena, hanno la possibilità di fruire di misure alternative alla detenzione, in primo luogo dal momento che queste presentano dei requisiti specifici e, inoltre, se è vero che, come dimostrato, opportunità di lavoro durante e dopo l'esecuzione della pena facilitano il reinserimento, tali possibilità difficilmente sono di immediata e agevole realizzazione. Si è allora cercato di misurare se condizioni di detenzione dignitose e un contesto penitenziario responsabilizzante, peraltro in adempimento dei principi costituzionali in materia, determinino benefici di carattere economico e sociale, tra i quali, per l'argomento in discussione, la riduzione di comportamenti recidivanti.

La ricerca⁴³⁶ è stata condotta dall'Einaudi Institute for Economics Finance, dal Crime Research Economic Group e dal Sole 24 Ore, e promossa dal Ministro della Giustizia Severino, la quale nel presentare l'avvio dello studio nel 2009 aveva rilevato l'urgenza dell'abbattimento della recidiva e l'esigenza di affrontare tale problema con un approccio scientifico, sottolineando inoltre la necessità di indirizzare le scelte politiche nel senso di incrementare il ricorso a misure alternative alla detenzione e a reali occasioni di lavoro per i detenuti e a ricondurre, di contro, il ricorso a carcere a una *extrema ratio*⁴³⁷. Il fine ultimo della ricerca era di verificare l'effetto causale di un particolare tipo di "trattamento", inteso come un tipo di intervento volto a modificare gli incentivi in base ai quali gli individui costruiscono il proprio comportamento, sull'agire dei soggetti successivo all'espiazione della pena. Dal momento che, come emergerà in seguito, la sottoposizione al peculiare

⁴³⁶ MASTROBUONI G. – TERLIZZESE D., *Rehabilitating rehabilitation: prison condition and recidivism*, www.eief.it, 2014.

⁴³⁷ Dall'intervento del Ministro Severino durante la conferenza stampa di presentazione della ricerca, 26 settembre 2012 (www.giustizia.it): "I primi atti di governo – con l'approvazione lo scorso dicembre del decreto 'salva carceri' - testimoniano la ferma volontà di affrontare la questione penitenziaria iniziando da un primo nodo di fondo: il contrasto alla tensione detentiva e il recupero dell'idea del carcere come *extrema ratio*. La realizzazione di validi percorsi rieducativi presuppone, anzitutto, la valorizzazione di tutte quelle misure che possano consentire, ferme restando le esigenze di tutela dei cittadini, strade diverse dalla detenzione in carcere. [...] La tendenza a ripetere atti criminosi rappresenta un costo per la società, sia sotto il profilo della sicurezza sia di quello economico."

trattamento penitenziario presso il carcere di Bollate, a cui fa riferimento la ricerca in questione, non è casuale, bensì è frutto di una selezione, non era possibile confrontare semplicemente gli individui sottoposti e non sottoposti al trattamento, poiché questi differivano anche sotto altri aspetti; si è proceduto così a un “quasi-esperimento” con il quale, attraverso l’adozione di tecniche statistiche, nella fase di individuazione dei campioni sono state eliminate tutte le variabili potenzialmente disturbanti rispetto all’effetto studiato, di modo da preservare quanto più possibile il requisito della casualità della somministrazione del trattamento penitenziario.

Da un punto di vista globale si è rilevato come confrontando i tassi di incarcerazione degli Stati Uniti e dell’Europa questi si attestino a dei livelli mediamente alti, che si accompagnano a indici altrettanto elevati di detenuti recidivi: proprio a fronte di tale ultimo fenomeno, però, vengono offerte risposte differenti, dal momento che l’Europa pare tendenzialmente più incline a riconoscere, anche su impulso del Consiglio d’Europa, la rilevanza dei profili legati al rispetto della dignità del trattamento penitenziario e alla rieducazione finalizzati al reinserimento nel contesto sociale, mentre gli Stati Uniti sembrano privilegiare una visione improntata al rigore dell’esecuzione penale e penitenziaria in un’ottica di deterrenza del crimine. Alla luce dell’idea per cui dalla riduzione dei tassi di recidiva conseguirebbero necessari benefici sotto plurimi punti di vista⁴³⁸, gli autori dello studio, ponendo l’attenzione sull’influenza delle condizioni carcerarie sul rischio di recidiva nei tre anni successivi all’esecuzione della pena, confrontano i tassi di nuova incarcerazione dei detenuti che hanno passato differenti frazioni di tempo di condanne della medesima lunghezza complessiva in un carcere che è in grado di fornire una variegata offerta di opportunità volte a sviluppare le risorse umane e sociali, affermando che *«since the same sentence length might induce very different post-release behavior, depending in whether the prison conditions were harsh or mild or whether rehabilitation programs were present or not, we believe that is important, when studying what drives recidivism, to control for the detailed conditions under which the sentence is served»*.

Come anticipato, la ricerca assume come oggetto di indagine Bollate, uno tra gli istituti penitenziari di Milano, inaugurato nel 2000, che rappresenta uno dei pochi modelli di “carcere aperto”, in cui le celle sono aperte tutto il giorno, non vi è mai

⁴³⁸ “Therefore, if societies were able to reduce recidivism, through either deterrence or rehabilitation, victimization rate as well as incarceration rates would be reduced as well, generating large societal benefits. Moreover, given the high costs of building and running prisons, this would also have economic benefits for public budgets”.

sovraffollamento e i detenuti, partecipano attivamente alla gestione e organizzazione della vita carceraria. Ma il “trattamento Bollate”, oltre gli aspetti relativi alle condizioni carcerarie e le attività di vario genere svolte durante il giorno dai detenuti, coinvolge anche numerosi interventi per realizzare un progressivo reinserimento nella società, attraverso l’impiego di benefici penitenziari e misure alternative e, soprattutto, di opportunità di formazione professionale e lavoro presso soggetti esterni all’Amministrazione Penitenziaria, in misura nettamente superiore (27% dei detenuti) alla media degli altri istituti penitenziari. L’efficacia di tale modello è riscontrabile verificando la quasi totale assenza di eventi violenti all’interno del carcere e il funzionamento del modello di sorveglianza “integrata” tra tutti gli operatori, che peraltro consente un minore impiego di personale e un notevole risparmio delle spese di gestione⁴³⁹.

Lo studio ha preso in considerazione circa 2300 soggetti che hanno trascorso un periodo di detenzione a Bollate tra il 2001 e il 2009, dei quali sono stati acquisite informazioni sulla vita carceraria pregressa, sul tipo di crimini commessi, sulla permanenza all’interno dell’istituto milanese, nonché in merito a un eventuale nuovo ingresso in carcere fino a tre anni dalla scarcerazione da Bollate. Tale campione, rispetto al totale degli individui transitati per Bollate, è costituito dai soli detenuti maschi, italiani e non *sex offenders*: si è infatti scelto di escludere dallo studio i detenuti stranieri, a causa delle difficoltà nel ricostruirne l’identità e il passato criminale e nel monitorarne le vicende successive alla scarcerazione, e gli autori di reati sessuali, destinatari di un trattamento penitenziario specifico e differenziato. Inoltre, ai fini della ricerca in questione, si sono considerati recidivi coloro che, dopo aver subito una condanna definitiva, sono reincarcerati dopo tre anni dall’esecuzione della pena in modalità detentiva o in misura alternativa, senza aver riguardo al fatto che l’ultimo ingresso in carcere sia anch’esso conseguente a una condanna definitiva⁴⁴⁰.

⁴³⁹ La ricerca riporta che a fronte di una spesa media per detenuto pari, a livello nazionale, a 130 euro, relativamente a Bollate tale spesa è pari a 65 euro. La differenza è infatti principalmente dovuta al minore numero di soggetti impiegati nelle attività di sorveglianza e amministrazione.

L’attenzione sull’elevato costo del sistema penitenziario italiano, in confronto a quello di altri paesi europei, è portata anche dall’associazione Antigone che, peraltro, conferma come l’82,9% della spesa sia destinato alle spese per il personale degli istituti penitenziari. (Antigone, *Oltre i tre metri quadrati. XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, Edizioni Gruppo Abele, 2015)

⁴⁴⁰ “We are not requiring that the last imprisonment corresponds to a definitive conviction because the latter would force us to keep a very long window of observation after the inmate release, given the three levels of appeal in the Italian judicial system. Implicitly, we therefore prefer false positives (a re-incarcerated inmate who is later acquitted) to false negatives (a re-incarcerated inmate who is definitively convicted only past the three years window). Given the conviction

Per giungere a un risultato corretto la ricerca compie diversi passi di correzione della strategia di identificazione dei dati da esaminare, a partire dal problema per cui i soggetti che accedono a Bollate vi giungono prevalentemente a seguito di una domanda individuale di trasferimento o di una proposta dell'Amministrazione penitenziaria di provenienza e dopo essere stati in seguito selezionati sulla base di criteri che comprendono anche la valutazione del rischio di recidiva⁴⁴¹; tali procedure possono inoltre comportare tempistiche variabili, che determinano di conseguenza una differenza nella durata della pena residua che i soggetti possono scontare nel carcere milanese, accrescendo la selettività non casuale degli individui che possono usufruire del "trattamento Bollate". La prima considerazione porta quindi a costruire il confronto alla base della ricerca non tanto sulla comparazione tra i soggetti "trattati" e "non trattati", bensì tra i soggetti "trattati" più a lungo e meno a lungo, osservando a parità di condanna complessiva quanta parte è stata espiata a Bollate. Per correggere il problema dei molteplici processi di selezione attraversati dai detenuti, invece, gli autori della ricerca focalizzano la riflessione sulla quota di detenuti giunti a Bollate poiché trasferiti da carceri limitrofe sovraffollate: in questo caso infatti i soggetti costituiscono un campione immune dai processi di selezione ordinari operati dall'istituto di destinazione e, seppure a fronte di una minore motivazione iniziale e di un trattamento qualitativamente più semplice, possono qui beneficiare di un ambiente radicalmente differente rispetto agli altri contesti carcerari⁴⁴². In tal modo la durata della pena residua da espiarsi a Bollate dipende esclusivamente dal verificarsi dell'esigenza di sfollamento, un evento casuale e non correlato a previsioni di recidiva dei detenuti. Al fine di rimuovere altre potenziali distorsioni dei parametri, derivanti da selezioni operate dall'Amministrazione del carcere di provenienza riguardo ai detenuti da trasferire a Bollate, il campione viene ulteriormente ristretto ai soggetti sfollati dal medesimo carcere e nel medesimo momento, in modo che l'ipotetico

rates for re-incarcerated criminals tend to be high, the likelihood of false negatives is likely to be negligible, and unrelated to the residual sentence in Bollate".

⁴⁴¹ "Inmates should, as a rule: have a residual sentence in the range 2 to 10 years; be in a good health status, and not be under methadone treatment; have a definitive sentence; have shown propensity and active interest for rehabilitation programs; have had a generally good behavior in the previous prison; and, finally reside or have interests in relationship in the Lombardy region".

⁴⁴² "They experience there an environment radically different from those of other prisons, much more respectful of their dignity, and participate in some of their activities. [...] Interestingly, despite a potentially less motivated group of inmates (they did not apply to be at Bollate) and a qualitatively less intense treatment, the point estimate of the effect of the "Bollate treatment" on recidivism, in the case of the displaced inmates, is even larger than for the total sample".

criterio di selezione adottato sia lo stesso per tutti⁴⁴³. In conclusione, a questo punto *«the different “doses” of the Bollate treatment can be interpreted as randomly assigned to inmates otherwise identical»*.

Il primo risultato rilevato dallo studio evidenzia come ai detenuti selezionati per espriare la propria pena a Bollate sono associati tassi di recidiva sensibilmente più bassi, nello specifico di 12 punti percentuali, rispetto ai soggetti che vi si trovano a causa del trasferimento da altri istituti penitenziari sovraffollati. A seguito di operazioni statistiche, gli autori della ricerca trovano conferma del fatto che la recidiva è l'unica variabile, tra altre caratteristiche esaminate, a riportare un significativo livello di connessione con la lunghezza della pena residua, da espriare a Bollate, al punto da poter affermare che *«the two might indeed be causally linked to each other»*. Lo studio, con cui si è voluta verificare la correlazione tra la durata dell'esposizione al “trattamento” di Bollate e la recidiva successiva, ha condotto quindi al risultato per cui per ogni anno in più passato a Bollate, e quindi in meno in un altro carcere, la recidiva si riduce di circa 10 punti. L'analisi è stata poi ripetuta sul gruppo di detenuti trasferiti da istituti sovraffollati, al fine di verificare che l'osservata riduzione della recidiva sia idonea a misurare la risposta al trattamento anche di detenuti meno selezionati: sfruttando nuovamente la variabilità casuale della durata della loro permanenza a Bollate, si è valutato che per tali soggetti ogni anno in più di pena scontato in detto carcere, e in meno in un altro istituto, comporta la riduzione della recidiva pari a circa 13 punti percentuali. Se dunque il livello di recidiva è comunque maggiore rispetto ai detenuti selezionati, il tasso di variazione determinato dal cosiddetto “effetto Bollate” si manifesta in misura più consistente proprio in relazione ai detenuti che erano potenzialmente ritenuti a priori “meno promettenti”.

Nella lettura degli autori, i risultati della ricerca dimostrano dunque che scontare una parte maggiore della condanna a Bollate riduce la recidiva, ma viene rimandata ad una successiva analisi la determinazione dei meccanismi in grado di spiegare tali risultati. Come punto di partenza vengono tuttavia identificate le situazioni in cui il trattamento risulta più efficace e la recidiva risulta maggiormente ridotta per i detenuti che hanno commesso crimini di tipo economico, per i detenuti non incalliti, che hanno relazioni familiari e con una minore istruzione. In termini di

⁴⁴³ “Therefore, provided the selection process is not itself based on the residual sentence, the variability of the latter then results solely from the random date in which different inmates started serving their sentence (controlling for its total length)”.

politica carceraria tali risultati, nell'opinione degli autori, dovrebbero orientare gli interventi verso un incremento delle attività di formazione professionale, maggiormente produttive di risultati positivi quanto prima offerte ai detenuti alle prime condanne, e verso l'incentivazione del mantenimento della rete di relazioni sociali e familiari.

All'aumentare della durata della permanenza nel carcere di Bollate aumentano, in misura maggiore per i detenuti selezionati, le probabilità di essere trasferiti nella sezione 5, dedicata ai detenuti che ottengono opportunità di lavoro esterno al carcere, e di beneficiare di permessi giornalieri di uscita. Le occasioni lavorative operano indubbiamente a favore del reinserimento dei detenuti, tuttavia non è parso di poter ricondurre a queste sole la giustificazione dell'efficacia dell'“effetto Bollate” in termini di riduzione della recidiva, dal momento che questo risultato è maggiore per i detenuti sfollati che però accedono a tali opportunità in misura molto ridotta, al punto da suggerire che *«other mechanisms might be important as well: freedom of movement, responsibility, conditions respectful of human dignity, productive use of time, all these might positively affect the post release behavior of inmates»*. Infine viene esaminato un ulteriore possibile meccanismo, consistente nel fatto che l'interazione prolungata con detenuti selezionati in quanto “migliori” potrebbe di per sé minimizzare le influenze negative e dunque ridurre la recidiva (*“peer effect”*). Non è parsa però sussistere alcuna evidenza di tale effetto in relazione alla recidiva: i dati relativi ai detenuti sfollati dimostrano infatti come anche in presenza di selezioni meno stringenti l'“effetto Bollate” trova una significativa applicazione e sia dunque possibile estendere tale esperienza in altri contesti.

A partire dall'approfondita analisi della realtà del carcere di Bollate, gli autori della ricerca sostengono che tale modello sia idoneo a fornire un esempio al quale poter conformare gli interventi pubblici in materia di riduzione della recidiva. Il “carcere aperto” incarnerebbe infatti il mandato costituzionale della rieducazione del detenuto, dando allo stesso tempo realmente applicazione allo spirito del “trattamento” su cui si incentrava la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 e adeguandosi alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa⁴⁴⁴ in materia di regole

⁴⁴⁴ Raccomandazione R (2006)2 adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006 in cui si sostiene la necessità di assicurare *“prison conditions which do not infringe human dignity and which offer meaningful occupational activities and treatment programs to inmates, thus preparing them for their reintegration into society”*.

penitenziarie, e permetterebbe di ridurre i comprovati effetti criminogeni del carcere, con rilevanti ricadute anche sul fenomeno della recidiva⁴⁴⁵. Inoltre, pur riconoscendo l'impatto positivo delle opportunità lavorative in termini di diminuzione dei livelli di ricaduta nel reato, i risultati dello studio portano a rinvenire le cause di attivazione di un possibile processo di riabilitazione principalmente nelle condizioni di detenzione dignitose e nel contesto responsabilizzante, sottolineandosi oltretutto come *«policies to that effect seem easier to implement, and are almost surely cost effective»*.

⁴⁴⁵ Dalle conclusioni della ricerca: *“Traditional prison conditions seem to be criminogenic. This is good news for those countries (Italy being a notable example) whose laws, often neglected, mandate prison conditions in line with the Council of Europe recommendation: by doing the “right thing” they would also reap the economic and social benefits of a fall in recidivism”*.

CONCLUSIONI

La recidiva, nei suoi profili di istituto giuridico e di fenomeno socio-criminologico, è da sempre oggetto di interesse e terreno di visioni contrastanti da parte della dottrina e della giurisprudenza, ma anche del legislatore. Il tema della recidiva è infatti direttamente connesso a questioni centrali del diritto penale, quali la finalità della pena e il rapporto che intercorre tra la sanzione e il fatto di reato, potendo conseguentemente offrire un valido riflesso degli orientamenti di politica criminale.

I nodi intorno ai quali si sono storicamente concentrate le controversie in materia corrispondono alla definizione del fondamento della recidiva, al fine di stabilire se l'aggravamento della pena conseguente alla ricaduta nel reato dipenda da un maggior grado di colpevolezza dell'autore ovvero da una sua più intensa pericolosità da proiettare nel futuro, e alla relativa qualificazione, quanto alla natura giuridica, di circostanza aggravante. L'elemento che dal punto di vista tecnico-formale connota l'istituto in questione, nell'ambito della reiterazione dei reati, è la presenza di una precedente sentenza di condanna passata in giudicato: in una prospettiva incentrata sulla colpevolezza, infatti, la maggiore riprovevolezza del recidivo discende in prima istanza dal non essersi adeguato al monito della pronuncia antecedente.

Al di là di tali divergenti orientamenti tuttavia, assume particolare rilevanza il dato per cui le singole criticità riscontrabili in merito all'istituto risultano accentuate da un sistema in cui la tipologia base di recidiva, da cui derivano consistenti incrementi sanzionatori e automatismi, consiste in un modello non limitato né sotto il profilo temporale, né sotto il profilo del legame di specificità tra le condotte. Al riguardo, i provvedimenti normativi succedutisi nel tempo offrono un quadro d'insieme piuttosto articolato: nel codice Zanardelli la figura base di recidiva generica, inserita solo nell'ultima stesura, prevedeva un limite temporale di valenza e un effetto solo marginalmente commisurativo, l'incremento sanzionatorio vero e proprio riguardava invece la recidiva specifica e la recidiva reiterata. Emerge nelle intenzioni del legislatore una certa cautela nel configurare un trattamento rigidamente differenziato e severo per i "recidivi incorreggibili", come traspare dalle parole del

Ministro: «è immensamente difficile distinguere i recidivi veramente incorreggibili da quelli che ricadono nel reato soltanto occasionalmente, o che vi sono tratti dall'ambiente in cui sono costretti a condurre la vita, non escluso quelle delle nostre carceri, dove la vita in comune e disoccupata che ora vi si conduce è piuttosto fomite che freno al delitto»⁴⁴⁶. Tale prudenza nelle valutazioni viene però messa da parte con l'avvento del codice Rocco che, al contrario, rafforza e valorizza l'istituto nell'ottica del consolidamento di un rigore sanzionatorio costruito intorno al rilievo assegnato alla personalità del soggetto delinquente nella commisurazione della sanzione. L'aumento della pena, molto più consistente rispetto al passato, è improntato a un automatismo sostanzialmente inflessibile, dal momento che il giudice risultava dispensato dall'obbligo di applicare la circostanza solo nei casi di recidiva non specifica tra delitti non dolosi o tra contravvenzioni (art. 100 c.p.). Particolarmente rilevante ai fini della questione in discussione è, peraltro, l'introduzione delle nuove figure di recidiva a tempo indeterminato, il cui effetto prescinde dal tempo trascorso tra le condanne, e di recidiva semplice, che prescinde invece da qualsiasi ulteriore connotazione rispetto alla semplice reiterazione dei reati. L'effetto di "etichettare" e aggravare la figura del recidivo, in qualche misura generalizzato e presunto sulla base del certificato penale, è ulteriormente salvaguardato dalle altre conseguenze sanzionatorie di vario genere e, in modo particolare, dalla esclusione dal giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti.

La riforma del 1974, attuata sull'ispirazione di una clima profondamente mutato, riformula in chiave di maggiore mitezza la risposta sanzionatoria al fenomeno della recidiva, da un lato riducendo i limiti delle cornici edittali, dall'altro abolendo ogni automatismo nella produzione degli effetti della circostanza, poiché l'applicazione della recidiva viene sottoposta alla valutazione discrezionale del giudice. Ciononostante, il legislatore mantiene in vigore le figure di recidiva più discusse e non fornisce al giudice indicazioni adeguate per l'esercizio dei nuovi ampi poteri decisionali.

Su tale configurazione "moderata" della recidiva interviene infine la legge 251/2005, al fine di restituire all'istituto un ruolo di argine, in particolare, della delinquenza di selezionati "tipi d'autore". Il compromesso tra la recidiva obbligatoria del codice Rocco e quella interamente facoltativa della riforma del 1974 è attuato

⁴⁴⁶ *Progetto del codice penale*, vol. II, *Relazione ministeriale*, Roma, 1887, p. 255.

attraverso un modello per cui l'*an* della recidiva è rimesso alla discrezionalità del giudice e il *quantum* è stabilito tendenzialmente in misura fissa e sensibilmente aggravata anche rispetto, in alcuni casi, al testo originario del codice Rocco. Con la riforma del 2005 viene però soprattutto ripristinato, nei confronti del tema della recidiva, un approccio tendenzialmente presuntivo: viene introdotta una figura certamente obbligatoria (art. 99 comma 5 c.p.), viene ristabilito, anche se solo parzialmente in quanto limitato alla sola recidiva reiterata, l'altro cardine dell'automatismo, rappresentato dall'esclusione dalla partecipazione al giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. La forma più accentuata di presunzione di incorreggibilità ricade infatti sulla tipologia del recidivo reiterato, al quale venivano di fatto opposti molteplici effetti preclusivi nel corso di tutto il percorso processuale fino al momento di esecuzione della pena.

L'iniziale prudente interrogativo circa l'opportunità di punire maggiormente il soggetto delinquente caduto nuovamente nel reato, mosso a partire da un'ottica di più stretta colpevolezza per il fatto commesso e di timore per le reazioni irrazionali in risposta ai fenomeni criminosi, risulta dunque superato dall'ultimo intervento complessivo in materia di recidiva, il quale tuttavia ha dato luogo ad alcune criticità per quanto riguarda l'utilizzazione di logiche presuntive poste a fondamento della disciplina differenziata. La piena giustificazione costituzionale dell'istituto della recidiva infatti richiederebbe necessariamente l'assenza di quegli automatismi consistenti nell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra lo *status* soggettivo di recidivo e il reato commesso. La recidiva, configurando una circostanza pertinente al reato, richiede invece un accertamento di tale relazione nel caso concreto, in modo che il singolo fatto di reato risulti effettivamente sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale.

La discutibile persistenza di una tipologia di recidiva indeterminata, nel profilo temporale e del rapporto tra reati, rende dunque necessario recuperare i fondamentali principi di individualizzazione delle sanzioni e di proporzionalità tra le stesse e il singolo fatto commesso dal reo. Tale direzione ha iniziato in effetti ad essere perseguita soprattutto dalla giurisprudenza, nei termini del ripristino di margini di valutazione discrezionale: in particolare negli ultimi anni la Corte Costituzionale ha concentrato i propri interventi da un lato su uno strumento, quale l'istituto delle

circostanze attenuanti generiche, che permette di mitigare gli effetti del sistema sanzionatorio, ma in modo ancor più significativo ha provveduto ad allentare parzialmente le maglie del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti nell'ambito del giudizio *ex art. 69 c.p.*, in caso di recidiva reiterata, attraverso il conferimento di una particolare rilevanza a talune fattispecie di "lieve entità", proprio nell'ottica, peraltro assecondata in via generale di recente anche dal legislatore, di volgere un significativo riguardo alla concreta entità del fatto e dunque al principio di proporzione.

Il trattamento normativo che il legislatore italiano ha riservato alla recidiva finisce di fatto per presentarsi come irragionevolmente severo, a maggior ragione a fronte delle indicazioni provenienti dal Consiglio d'Europa, che nella Raccomandazione n. R(92) 17 invitava gli Stati membri a rinunciare a presunzioni legali e automatismi nella dichiarazione di recidiva, affinché l'incidenza dei precedenti penali dipenda da un'attenta valutazione delle caratteristiche peculiari del soggetto. Al fine di rispettare il principio di proporzionalità tra il reato e la pena inflitta, qualora si opti per l'aggravamento della pena nel caso di ricaduta nel reato, nella Raccomandazione si sollecita a ridurre o escludere gli effetti della recidiva quando sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla precedente condanna ovvero quando il reato per cui si procede o quello oggetto della precedente pronuncia siano di natura bagatellare⁴⁴⁷.

Il fenomeno della reiterazione dei comportamenti criminali rappresenta d'altronde per il legislatore un problema prioritario, dal momento che la criminalità recidivante costituisce il nucleo più saldo della criminalità, che comporta peraltro un notevole costo sociale nonché economico, e d'altro canto attesta l'insuccesso concreto della pena nella dimensione della prevenzione speciale. Nell'ambito delle politiche di contrasto alla recidiva possono ravvisarsi due differenti modelli: il primo improntato a una strategia di c.d. "tolleranza zero", applicato soprattutto negli Stati Uniti, e il secondo invece più orientato alla risocializzazione e al tendenziale

⁴⁴⁷ Raccomandazione n. R(92) 17, adottata dal Comitato dei Ministri il 19 ottobre 1992. Articolo D: "1. Previous convictions should not, at any stage in the criminal justice system, be used mechanically as a factor working against defendant. 2. Although it may be justifiable to take account of the offender's previous criminal record within the declared rationales for sentencing, the sentence should be kept in proportion to the seriousness of the current offences. 3. The effect of previous convictions should depend on the particular characteristics of the offender's prior criminal record. Thus, any effect of previous criminality should be reduced or nullified where: a) there has been a significant period free of criminality prior to the present offence; or b) the present offence is minor, or the previous offences were minor; or c) the offender is still young."

contenimento degli effetti aggravanti della circostanza, più diffuso in Europa, dove peraltro si riscontra il peculiare esempio della Germania che nel 1986 ha abrogato la recidiva come elemento di incremento della colpevolezza per il fatto e ha ricondotto l'istituto dei precedenti penali tra gli indici generali di commisurazione della pena. L'Italia ha di fatto perseguito con l'ultima riforma del 2005 un indirizzo maggiormente ispirato alla prima strada, che però si è innestata su un sistema penale costruito idealmente anche sul principio della rieducazione. Le politiche volte ad attuare l'obiettivo della risocializzazione tuttavia trovano spesso ostacolo nelle istanze di sicurezza sociale e di prevenzione generale, che in un'ottica di rigida certezza della pena finiscono per condurre alla carcerazione come unica risposta punitiva.

I persistenti rilevanti tassi di recidiva sembrano dunque dimostrare la non attesa efficacia degli interventi legislativi volti a imprimere una connotazione marcatamente repressiva alla disciplina della recidiva e, allo stesso tempo, l'inadeguatezza della sola risposta carceraria ad assolvere le funzioni cui è chiamata. A partire da tale dato, dai risultati prodotti sul tema dalle ricerche empiriche, nonché dalle conclamate problematiche di sovraffollamento carcerario, pare auspicabile apportare delle modifiche alle politiche criminali e penitenziarie, in primo luogo incrementando il ricorso alle misure alternative e adeguando le condizioni detentive ai canoni indicati dalla Costituzione e, da ultimo, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'idea di riportare la sanzione detentiva ad una *extrema ratio* e di favorire dunque anche per i soggetti recidivi soluzioni alternative al carcere ha infatti da un lato un effetto meramente deflativo, come già riconosciuto dal legislatore⁴⁴⁸, e dall'altro lato comporta, specialmente in relazione ad alcune specifiche misure, maggiori esiti positivi in termini di risocializzazione e dunque di interruzione di carriere criminali.

⁴⁴⁸ A sollecitare, come rimedio al sovraffollamento carcerario, l'attenuazione degli effetti della recidiva quale presupposto ostativo per l'ammissione dei condannati alle misure alternative alla detenzione carceraria era intervenuto anche il Presidente della Repubblica, con il messaggio alle Camere 8 ottobre 2013.

BIBLIOGRAFIA

- AMATO G., *Il recidivo va a caccia di "generiche"*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 56.
- AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 679.
- AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- BACCARO L. – MOSCONI G., *Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, Ministero della Giustizia, 2004.
- BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Diritto penale e processo*, Gli Speciali 2012, p. 14.
- BARTOLI R., *Commento all'art. 5 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 454.
- BATTISTA D., *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e giustizia*, 2005, p. 104.
- BENINI S., *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1978, c. 471.
- BERNASCONI C., *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, III, p. 4057.
- BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1123.
- BERTONI R., *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 1393.
- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1978.
- BRUNELLI D., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, Gli Speciali 2012, p. 5.

- BRUNETTI C., *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/05 (c.d. ex legge Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3, Ministero della Giustizia, 2006.
- CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010.
- CARRARA F., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1878.
- CARUSO G., *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte Costituzionale?*, in *Archivio Penale*, 2013, n. 1.
- CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità*, in *Archivio Penale*, 2011, n. 3.
- CASSANO M., *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in *Diritto penale e processo*, Gli Speciali 2012, p. 26.
- CIPOLLA P., *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, 2009, p. 1185.
- CIVELLO G., *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro "il divieto di prevalenza"*, in *Archivio penale*, 2014, n. 2.
- CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in *Nuove norme sulla prescrizione e recidiva*, a cura di SCALFATI A., Padova, 2006.
- CRESPI A., *Art. 99*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A.-STELLA F.-ZUCCALÀ G., Padova, 2008, p. 398.
- DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981.
- DE MATTEIS L., *Art.99*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di LATTANZI G.-LUPO E., vol. IV, Milano, 2010, p. 102.
- DE NICOLA A., *Primi problemi applicativi della legge "ex Cirielli"*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 4, p. 503.
- DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950.

- DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 832.
- DELLA CASA F., *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un 'altro pannicello caldo per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Diritto penale e processo*, 2011, I, p. 5.
- DIGLIO P., *Articolo 99 del codice penale: in claris non fit interpretatio*, in www.altalex.com, 12 Luglio 2011.
- DINACCI E., *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giustizia Penale*, 1988, II, c. 65.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 515.
- DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corriere del merito*, 2006.
- DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.
- FERRI E., *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola positiva*, 1921, p. 1.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010.
- FIORIO C., *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Archivio penale*, 2014, fasc. 2, p. 500.
- FIORIO C., *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 3, p. 315.
- FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Diritto penale e processo*, 2005, n. 11, p. 1325.
- FRIGO G., *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 52.
- GATTA G.L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, II, p. 2375.
- GIANGIACOMO B., *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251 del 2005*, in *Cassazione penale*, n. 10, 2009.
- GIUNTA F., *Commento all'art. 6 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 464.

- GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio editore, 2007.
- GROSSO C. F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 532.
- GUERRINI F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, p. 35.
- ISTAT, *I detenuti nelle Carceri Italiane*, Anno 2011, p.1. in www.istat.it.
- JOCTEAU G., *I numeri del controllo penale*, in *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, a cura di CAMPESI G.-RE L.-TORRENTE G., L'Harmattan Italia, 2009.
- LATAGLIATA A. R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Tommaso Natale*, 1975, p. 337.
- LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.
- LAVARINI B., *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di CAPRIOLI F.-SCOMPARIN L., Torino, 2015, p. 31.
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani* (dir. da R. Garofoli e T. Treu), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2014.
- LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2011.
- LEONARDI F., *Tossicodipendenza e alternative alla detenzione: il rischio di recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, n. 1, 2009.
- LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, n. 2, 2007.
- MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2006, p. 1057.

- MANCONI L. – TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci editore, 2015.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2009.
- MANTOVANI G., *L'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova "terapeutico"*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di CAPRIOLI F.-SCOMPARIN L., Torino, 2015, p. 85.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1986.
- MARCHESELLI A., *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al diritto*, dossier 1, 2006, p. 79.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Milano, 1993.
- MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Certezza di impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Diritto penale e processo*, I, 2006, p. 170.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Studi di diritto penale*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 1991.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.
- MARTINI A., *Commento agli artt. 7, 8 e 9 l. 5-12-2005 n. 25*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 478.
- MASTROBUONI G. – TERLIZZESE D., *Rehabilitating rehabilitation: prison condition and recidivism*, www.eief.it, 2014.
- MAZZA L., *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988.
- MELCHIONDA A., *Commento agli artt. 1 e 3 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 420.
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, 2006, p. 175.

- MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di GIUNTA F., Milano, 2006, p. 181.
- MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro Italiano*, 1987, II, c.633.
- MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 63.
- MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, 1975, II, c. 499.
- MICHAEL A., *Profili di incostituzionalità dell'art. 69 c.p. con particolare riguardo ai rapporti tra recidiva e violenza sessuale di "minore gravità"?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 Aprile 2014.
- MINERVINI M., *L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1976, p. 325.
- MULLIRI C., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 1321.
- MUSCATELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008.
- NATALINI A., *La "nuova" recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei "delitti non colposi"*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n.11, p. 109.
- NEPPI MODONA G. - PELISSERO M., *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di VIOLANTE L., Torino, 1997, p. 759.
- NOTARO D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cassazione Penale*, 2013, p. 1755.
- NUVOLONE P., *Commento al D.L. n. 99/1974*, in *Indice penale*, 1974, p. 332.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

OSS G., *Situazioni analoghe, pene differenti: le Sezioni Unite chiedono l'intervento della Corte Costituzionale. Qualche riflessione sulle discrasie dell'ordinamento penale e sul principio di ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 Aprile 2014.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 32.

PADOVANI T., *Commento all'art. 4 l. 5-12-2005 n. 251*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 446.

PAVARINI M., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle "Unpersonen"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, n. 2, p. 7.

PAVARINI M., *La nuova disciplina della recidiva*, in www.ristretti.it, 2006.

PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 303.

PIFFER G., *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 dicembre 2010.

PISAPIA G.D., *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per la nuova Parte Generale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, n. 5, p. 565.

PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 967.

PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 61.

PITTARO P., *Recidiva*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XI, Torino, 1996, p. 359.

POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cassazione penale*, II, 2006, p. 2745.

PUCETTI L., *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di RONCO M., vol. III, Bologna, 2006, p. 161.

- RANDAZZO E., *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 4.
- RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice penale*, 2007, p. 509.
- RIONDATO S., *Art. 99*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G., Padova, 2009, p. 493.
- ROCCHI F., *La recidiva reiterata è aggravante facoltativa*, in *Cassazione penale*, 2008, III, p. 1899.
- ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cassazione penale*, 2007, IV, p. 4097.
- ROCCO ALF., *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929.
- ROCCO ART., *Il problema del metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1910, p. 497.
- ROMANELLI A., *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1968, I, c. 225.
- ROMANO M., *Art.99*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di ROMANO M.-GRASSO G., 2012, II, p. 90.
- ROMANO M., *Art. 101*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di ROMANO M.-GRASSO G., 2012, II, p.106.
- SALERNO G. M., *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 45.
- SANTORO E. – TUCCI R., *L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1, Ministero della Giustizia, 2006.
- SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 38.

- TORREBRUNO G., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 1986.
- TORRENTE G., *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, in *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, a cura di CAMPESI G.-RE L.-TORRENTE G., L'Harmattan Italia, 2009.
- TOURNIER P., *Réflexion méthodologique sur l'évaluation de la récidive. Recension des enquêtes de récidive menées depuis 1980 dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Paris, CESDIP, *Etudes et Données pénales*, n. 56, 1988.
- TOZZI PEVERE G., *Il casellario giudiziale e la recidiva. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.unifi.it.
- TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il reo pericoloso*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di DE VERO G, Torino, 2010, p. 503.
- VASSALLI G., *Riforma del Codice Penale: se, come e quando*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2002, p. 10.
- VASSALLI G., *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1960.
- VINCENTI R., *La sentenza della Corte Costituzionale n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69 comma 4 c.p.*, in *Cassazione penale*, 2008, I, p. 531.
- VIRGILIO M., *Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere*, in *Codice penale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA F.-ZAGREBELSKY V., Torino, 1996, p. 861.