



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

TESI DI LAUREA MAGISTRALE

LA RECIDIVA

LAUREANDO:

KALASA KIKONDE

MATRICOLA: 350511

Relatore:

Prof. ENRICO MARIO AMBROSETTI

ANNO ACCADEMICO 2020 / 2021

INDICE

INTRODUZIONE	I	
CAPITOLO I		
L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA: DAL CODICE ZANARDELLI ALLA RIFORMA DEL 1974	1	
1 LA RECIDIVA NEL CODICE ZANARDELLI		
1.1 LE FUNZIONI DELLA PENA E LE PRINCIPALI SCUOLE DI PENSIERO	4	
1.2 LA FUNZIONE RETRIBUTIVA O AFFLITTIVA		
1.3 LA FUNZIONE PREVENTIVA O D'INTIMIDAZIONE	6	
1.4 LA FUNZIONE RIEDUCATIVA O DELL'AMMENDA	8	
2 LA RECIDIVA NEL CODICE ROCCO DEL 1930.....		10
2.1 L'INFLUENZA DELLA SCUOLA POSITIVA.....	11	
2.2 L'INFLUENZA DELLE SCELTE DI POLITICA CRIMINALE	13	
2.3 LA DISCIPLINA ORIGINARIA DELLA RECIDIVA NEL CODICE ROCCO	15	
2.4 LA COMMISURAZIONE DELLA PENA EX ART 133 C.P.....	20	
3 LE ESIGENZE DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA: LA LEGGE 7 GIUGNO 1974, N. 220		26
3.1 LA DISCREZIONALITÀ E FACOLTATIVITÀ DELLA RECIDIVA IN ORDINE ALL'AUMENTO DELLA PENA	30	
3.2 IL FONDAMENTO DELLA RECIDIVA: POSIZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE	34	
3.3 LA NATURA GIURIDICO-CIRCOSTANZIANTE DELLA RECIDIVA	41	
3.4 IL LIMITE AL BILANCIAMENTO DELLA PENA DI CUI ALL'ART 69 C.P.	47	
3.5 LE IPOTESI DI RECIDIVA E I RELATIVI AUMENTI DELLA PENA	50	
CAPITOLO II		
LA NORMATIVA ATTUALE DELLA RECIDIVA: LA LEGGE 5 DICEMBRE 2005, N. 251 (EX CIRIELLO)..		58
1 LA NUOVA CONFIGURAZIONE DELLA RECIDIVA DOPO LA NOVELLA DEL 2005		
1.1 LA RECIDIVA SEMPLICE	60	
1.2 LE IPOTESI DI RECIDIVA AGGRAVATA E PLURIAGGRAVATA.....	61	
1.3 LA RECIDIVA REITERATA.....	63	
1.4 LA RECIDIVA OBBLIGATORIA EX ART 99, COMMA 5, C.P.	69	
1.5 IL LIMITE ALL'AUMENTO DELLA PENA.....	73	

2 LA FACOLTATIVITÀ, L'OBBLIGATORIETÀ E LA DISCREZIONALITÀ DELLA RECIDIVA NEL NUOVO ASSETTO NORMATIVO 2005	78
3 IL RAPPORTO DELLA RECIDIVA CON LE ALTRE PREVISIONI NORMATIVE	80
3.1 IL CONCORSO FORMALE E IL REATO CONTINUATO	
3.2 LA PRESCRIZIONE	85
3.3 IL "PATTEGGIAMENTO ALLARGATO"	88
CAPITOLO III	
L'INPATTO DELLA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA SU ALCUNI ISTITUTI DEL RITO PENALE	90
1 GLI EFFETTI INDIRETTI DELLA RECIDIVA	
1.1 L'INCIDENZA DELLA RECIDIVA IN SEDE DI COMMISURAZIONE DELLA PENA	92
1.2 L'INCIDENZA DELLA RECIDIVA IN SEDE DI PUNIBILITÀ	93
1.3 L'INCIDENZA DELLA RECIDIVA IN SEDE ESECUTIVA E PROCESSUALE	94
2 LA RECIDIVA NEL QUADRO DI UN SISTEMA PENALE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO	96
2.1 LA RECIDIVA E IL PRINCIPIO D'UGUAGLIANZA <i>EX ART 3, COMMA 1, COST.</i>	
2.2 LA RECIDIVA E IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ <i>EX ART 25, COMMA 2, COST.</i>	98
2.3 LA RECIDIVA E IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE <i>EX ART 27, COMMA 3, COST.</i>	101
2.4 LA RECIDIVA E LE PRECLUSIONI ALL'ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI	102
3 I NUOVI SCENARI DELLA RECIDIVA	104
CONCLUSIONI	107
BIBLIOGRAFIA	110

Introduzione

La constatazione di un rinnovato interesse per l'istituto giuridico della recidiva *ex art 99 c.p.* come fenomeno di allarme sociale, nonché circostanza aggravante del reato è alla base della ricerca di soluzioni dei problemi posti da questo istituto giuridico-sociale. La ricaduta nel reato da parte di un condannato con sentenza definitiva è al centro dell'istituto della recidiva, istituto che ha visto mutare nel tempo la sua disciplina a seconda dei diversi indirizzi di politica criminale accolti dal legislatore. L'istituto della recidiva è particolarmente soggetto alle ideologie sottese al sistema punitivo di riferimento, che, a loro volta condizionate dalle tendenze culturali e politico-criminali del momento e, dalle predominanti concezioni relative agli scopi della pena. Questo istituto è tra i più difficili da analizzare sotto il profilo della sua *ratio*, essendo profondamento legato alle stesse finalità perseguite dalla pena e alla concezione di fondo del diritto penale dominate in determinata fase storica. La recidiva tende a distinguersi da altri istituti penalistici. Anche la riflessione sugli scopi della pena risente necessariamente delle diverse contingenze storiche e dei sistemi politico-giuridici di riferimenti, fornendo così un indice dell'atmosfera politico-giuridico di uno Stato.

Dalla recidiva si deve distinguere il recidivismo, che non è un concetto giuridico, bensì criminologico, sociologico. Se recidiva e recidivismo si fondano entrambi sulla commissione di più reati, il recidivismo ha tuttavia un contenuto più ampio della recidiva giuridica, potendo riguardare sia la "recidiva legale," sia la "recidiva naturale": costituito dalla semplice commissione di più reati in momenti diversi da parte dello stesso soggetto. A fronte della loro diversità, recidiva e recidivismo possono avvicinarsi. La prima può subire una sorta di "naturalizzazione": si tende ad attribuire rilievo alla reiterazione criminosa in quanto tale. Il recidivismo può subire invece un processo di "legalizzazione," laddove la reiterazione è definita sulla base delle stesse componenti strutturali della recidiva "legale," cioè l'esistenza di una precedente sentenza irrevocabile e la commissione di un nuovo fatto illecito.

La recidiva pone quindi problemi che richiamano le mediazioni dei criminalisti e legislatori. La difficoltà di rintracciare un chiaro ed univoco fondamento della recidiva, visto il suo carattere bidimensionale, non poteva che riflettersi anche

sulle diverse misure di politica criminale apprestate dal legislatore per prevenirla e contrastarla.

Nella diversità dei contesti, tuttavia, è possibile scorgere delle costanti nella repressione del fenomeno del recidivismo, che sembra assumere nell'epoca attuale una dimensione emergenziale. Le attuali politiche criminali di inasprimento sanzionatorio a carico dei recidivi e dei delinquenti pericolosi, adottati dal legislatore sembrano sempre più orientati alla ricerca della sicurezza collettiva. Questo tema, come oggetto di tutela penale e scopo della pena, ha alimentato negli ultimi anni un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

I connotati (fondamento) significativi della recidiva sono pertanto non solo l'antecedente sentenza passata in giudicato, ma anche la commissione di un nuovo reato dopo la condanna. 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, la pena sia stata scontata, totalmente o parzialmente, dal momento che, altrimenti, si creerebbe un'inaccettabile situazione di favore per chi si sottrae all'esecuzione della pena.

La recidiva è inquadrata tra le «circostanze inerenti alla persona del colpevole» *ex 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, abitudine, professionalità nel reato e tendenza a delinquere, dalle quali si distingue dal punto di vista della reazione sanzionatoria, essendo previsto per la recidiva l'aumento della pena di tipo retributivo e nei secondi invece l'applicazione di una misura di sicurezza di tipo preventivo. Al di là dell'inquadramento sistematico, è bene sottolineare come la disciplina della recidiva sia stata più volte ridisegnata, a dimostrazione del fatto che si tratta di un istituto in continuo mutamento e ricco di un significato etico-sociale ispirato al sistema di valori da cui sorge il nostro diritto positivo e di conseguenza la sua disciplina non può che variare a seconda dei principi in base ai quali si orienta la lotta alla criminalità recidiva nei differenti indirizzi di politica legislativa.

Nel Codice Rocco del 1930 la recidiva era considerata circostanza aggravante obbligatoria, salvo le ipotesi previste *ex art. 100 c.p.* (recidiva facoltativa)

sottratta al giudizio di prevalenza e di equivalenza e fondata quindi su elementi di automaticità 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 dottrina, che contestò la mancata previsione da parte del legislatore di criteri-guida che informassero le valutazioni del giudice, e dunque rese fondamentale l'opera di individuazione da parte della giurisprudenza di parametri di riferimento uniformi per la valutazione del giudice (*ex artt* 133 e 132 c.p.)

In un quadro di volontà di recuperare l'effettività della recidiva, è intervenuta la legge 5 dicembre n. 251/2005, che ha introdotto un regime giuridico più severo per i soggetti recidivi di quello previsto per il reo primario. Gli interventi principali della riforma hanno riguardato gli aumenti delle pene per le singole ipotesi di recidivi, e quasi sempre in misura fissa, il ripristino di un'ipotesi di recidiva obbligatorio *ex art* 99, comma 5, c.p., l'irrigidimento delle conseguenze indirette, derivanti dalla dichiarazione della recidiva in materia di circostanze attenuanti generiche, di bilanciamento di circostanze o di esecuzione della pena.

Anche tale ultima riforma non è andata esente da critiche e, nell'attesa di una riforma organica della disciplina della recidiva invocata da più parti già da tempo, alcuni interventi della Corte costituzionale e del Parlamento hanno inciso sulla disciplina della recidiva relativamente a singoli aspetti critici. I nodi più dibattuti in dottrina e giurisprudenza riguardano la natura della recidiva, di circostanza aggravante in senso tecnico o di qualificazione personale del reo, nonché il fondamento dell'istituto della recidiva.

Dal punto di vista della tecnica normativa, si può affermare che il legislatore ha risposto all'esigenza di maggiore sicurezza e difesa sociale attraverso due strumenti giuridici:

a) l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i recidivi, che si esprime attraverso la previsione di una circostanza aggravante del reato *ex art* 99 c.p., che nella maggior parte dei casi, comporta un aumento della pena.

b) la previ

b) la previsione di una misura di sicurezza personale di tipo custodiale *post-delictum*, di durata per lo più indeterminata per i delinquenti pericolosi e recidivi.

Il legislatore italiano ha adottato nei confronti di quest'ultimi entrambi le tecniche repressive, è cioè il doppio binario, attribuendo alla sanzione una finalità special-preventiva nel senso di "neutralizzazione" del reo. Il recidivo diventa infatti destinatario di differenziato trattamento giuridico.

Dunque, le politiche di inasprimento della pena per i recidivi sembrano trovare giustificazione solo in base ad una visione utilitaristica della pena; resta da appurare la loro efficacia sotto il profilo speciale preventivo, in termini di riduzione dei tassi di recidiva e sotto il profilo general-preventivo, in termini di riduzione della criminalità recidiva.

Nel nostro ordinamento sia sotto il profilo dogmatico che di politica-criminale, sembra recessiva la tesi di stampo retributiva che individua il fondamento della recidiva nella maggiore colpevolezza del reo a favore invece di una visione prognostico-preventiva, come vorrebbe la costituzione italiana *ex art 27 Cost.* Nonostante le dichiarazioni di intenti garantistici improntati al rispetto dei principi costituzionali di proporzionalità e di rieducazione del reo, le recenti modifiche legislative sembrano invece propendere per una politica criminale di «pura prevenzione» e di "neutralizzazione" del reo, con il risultato di cumulare in capo al recidivo sia aumenti di pena sia misure di sicurezza personale. Inoltre, l'adozione della recidiva come circostanza aggravante del reato, visto il suo carattere bidimensionale per la costante giurisprudenza, non sembra conciliarsi con il nostro sistema penale laico orientato ai principi costituzionali che impongono di attribuire alla pena finalità di carattere preventivo

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA: DAL CODICE ZANARDELLI ALLA RIFORMA DEL 1974

1La recidiva nel Codice Zanardelli

Il fenomeno del recidivismo cominciò a porsi come oggetto di attenzione e di allarme sociale particolarmente a partire dalla seconda metà dell'Ottocento¹. 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 possedimento². Invero, 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 (Codice Zanardelli del 1889), che si era sviluppata 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 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 personologici³. In particolare, la cosiddetta "teoria 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'irrelevanza degli elementi soggettivi, dall'altro lato contestando la violazione del principio del *ne bis in idem* ne

¹ WENZEL E.– BRIEGEL F., *La récidive à l'épreuve de la doctrine pénale (XVIIe-XIXe siècles)*, in Briegel F.-M. Porret M., (a cura di), Genève, 2006, 99 SS.

² MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 643.

³ v. MANNA A., *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, 509 ss., MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss.

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 condanna⁴. Tuttavia, questo pensiero di matrice illuministica, volto ad escludere la valutazione dell'aspetto psichico del fenomeno criminoso a difesa del principio di certezza del diritto da possibili arbitri, sarà in parte progressivamente superato⁵.

Nel Codice Zanardelli 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. Questo Codice riconduce la recidiva ad una circostanza aggravante del reato.

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»⁶ e la ricaduta denota un'insufficienza "relativa" della pena ordinaria, rendendo così necessario l'aumento della sanzione in un'ottica di effettività dell'istituto stesso⁷.

Queste argomentazioni, in seguito verranno riprese per giustificare la configurazione autoritaria della recidiva da parte del Codice Rocco⁸.

Il Codice Zanardelli (art 80⁹) contemplava due ipotesi di recidiva semplice, una generica e una specifica, con carattere di temporalità, cioè con un limite

⁴ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, 29. L'idea del *ne bis in idem* viene sostenuta in Italia da CARMIGNANI G., pur non mantenendo una posizione univoca come ci ricorda MARCHETTI P., *Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo*, in *Ann. Della facoltà di giurisprudenza dell'università di Macerata*, 1995-1996 Milano, 2000, 39. Le idee abolizioniste furono invece avversate dalla grande parte della dottrina del tempo: fra i tanti MANZINI V., *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze, 1899, 416 ss.

⁵ DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, 23.

⁶ CARRARA F., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1878, 142.

⁷ «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., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, cit., 133.

⁸ Cfr. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1981, 745 ss., secondo il quale «nell'ipotesi di recidiva non solo si ha la lesione di un interesse tutelato dalla norma, ma sussiste in più una lesione dell'interesse generico al mantenimento dell'ordine giuridico generale penalmente protetto».

⁹ 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

temporale entro il quale era possibile contestarla al reo pena decadenza. Caratteri che hanno permesso al legislatore di ritenere meritevole di trattamento differenziato e più severo dal punto di vista sanzionatorio il soggetto recidivo, solo qualora avesse commesso nuovamente un delitto dopo un breve lasso di tempo dalla precedente condanna e per un reato omogeneo al precedente.

Al primo comma erano fissati due termini per la recidiva 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 sua 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. 81¹⁰ 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. Disposizioni quest’ultime ritenute eccessivamente miti¹¹, hanno portato ad elaborare con il Codice Rocco del 1930 una disciplina più severa della precedente. Il Codice Zanardelli quindi, in aderenza alla concezione classica-garantistica aveva previsto

nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunciata 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 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 ragguaglio secondo le norme stabilite nell’art. 19”.

¹⁰ 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”*

¹¹ Ferri E., *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola Positiva*, 1921, “*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”.*

una recidiva obbligatoria al fine di garantire un uguale trattamento a tutti i recidivi, tendenzialmente specifica, sulla base della considerazione che sia il compiere reati della medesima specie a fare risultare il reato meritevole di una maggiore pena, nella convinzione che l'astensione dal compiere reati per un certo arco di tempo attesti la sufficienza della sanzione precedentemente inflitta¹².

1.1 Le funzioni della pena e le principali Scuole di pensiero

La funzione e la ragione d'essere dell'istituto della recidiva sono correlate con l'essenza e lo scopo della sanzione penale, motivo per cui si rende opportuna una breve digressione sulle principali teorie giustificative che hanno avuto ad oggetto la pena¹³. Infatti, il tema delle funzioni della pena, e quindi del diritto penale, è ovviamente centrale in questa materia ed è il frutto di dibattiti secolari, che hanno visto contrapporsi la teoria alla pratica, la filosofia al diritto positivo, la politica alla psicologia e, infine, il Codice Rocco alla Costituzione. Benché innumerevoli, le opinioni in materia sono riconducibili alle seguenti tre teorie fondamentali, che rappresentano i momenti di una dialettica mai superata¹⁴.

1.2 La funzione retributiva o afflittiva

La prima funzione della pena è quella cosiddetta afflittiva o retributiva, riassumibile nell'assunto che il bene va ricompensato col bene il male col male. Il Diritto penale mira cioè a infliggere una sofferenza al reo, per il male commesso¹⁵. Del resto, è questa la funzione principale della pena, che ricorre in tutte le epoche e in tutti gli Stati. Questa concezione parte dall'idea del libero arbitrio dell'uomo il quale, essendo essenzialmente libero di scegliere tra il bene e il male, qualora opti per quest'ultimo, deve essere adeguatamente punito. Si è anche detto da parte di alcuni Autori che questa teoria è una delle più civili perché insiste sul fatto che ci deve

¹² CARRARA F., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, cit., 133., ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, Napoli, 2020, 253.

¹³ Cfr. MUSCATIELLO V.B., *La recidiva*, Torino, 2008, 77, per il quale il «destino della recidiva sembra essere, dunque, quello di patire una contaminazione di stili e di epoche, che rendono la figura morfologicamente mutevole e teologicamente complessa».

¹⁴ MANTOVANI F. *Diritto penale. Parte generale*, cit., 736.

¹⁵ MARIO J.- PINTORE A., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014, 271ss.

essere una proporzione tra il male commesso e la pena subita: dunque infatti, se l'uomo, essendo libero ha optato per il male, deve essere punito perché ha effettuato quella determinata scelta, in proporzione del male commesso e dell'effettiva libertà di scelta che aveva¹⁶. Questa teoria, infatti, dal punto di vista pratico implica che il soggetto venga punito in base a due fattori: 1) la gravità del fatto e 2) il grado di colpevolezza.

Devono invece essere banditi ulteriori fattori, come la pericolosità del soggetto o la sua possibilità di rieducazione.

La teoria classica della retribuzione può essere intesa in senso morale o in senso giuridico (Retribuzione morale e retribuzione giuridica)¹⁷.

Dal punto di vista giuridico, la funzione retributiva della pena serve per ripristinare la legalità violata¹⁸: la pena cioè si giustifica per una ragione tutta interna all'ordinamento giuridico, il quale dovrebbe garantire sé stesso, punendo coloro che non ne seguono le norme. Taluno ha detto che il delitto è la negazione del diritto, e la pena, essendo essa stessa una negazione del diritto, contrappone una negazione alla negazione; Hegel disse che la pena è la rimozione del delitto e in tal modo la ricostituzione del diritto¹⁹.

Dal punto di vista morale, la retribuzione del colpevole sarebbe un imperativo di giustizia, ovvero un'esigenza che trova in sé la sua giustificazione, senza bisogno di essere ricercata in qualsiasi utilità esterna²⁰. In poche parole, la sua giustificazione ultima risiederebbe nella antica legge del taglione e quindi nella regola "occhio per occhio, dente per dente". Punire il colpevole è, dunque, una necessità in base a questo imperativo di giustizia che scaturisce dalla coscienza umana e che, secondo la teoria

¹⁶ PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 21.

¹⁷ NUVOLONE P., *Pena*, in *Enc. dir.* XXXII, Milano, 1982, 787-817.

¹⁸ CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 26.

¹⁹ In Hegel «il concetto della pena si ricava dalla negatività stessa del delitto e consiste nel legame necessario per cui esso, come volontà in sé negativa, implica la sua stessa negazione, che appare come pena»: così Ronco M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 87. Fra gli altri scritti hegeliani, si veda per esempio. *Sulle maniere di trattare il diritto naturale*, in G.W.F. Hegel, *Scritti di filosofia del diritto*, tr. it. di Negri A., Bari, 1971, 87.

²⁰ Tra i sostenitori dell'essenza etico-retributivo: PETROCELLI B., *La funzione della pena*, in *Riv. Dir. penit.* 1935, 1315, BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982, 725. Per le critiche alla retribuzione: EUSEBI L., *Dibattiti sulla teoria della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811-837. ritiene che "l'idea rieducativa costituisce l'unico riferimento, il quale dia rilievo nella riflessione sulla pena al destino dell'uomo che delinque, imponendo che questi continui a essere considerato membro della società"

kantiana, costituisce un imperativo categorico, trovando in sé la sua giustificazione²¹. Questa teoria della pena è anche definita “assoluta” perché, trovando giustificazione nella pena nelle pene stesse, è svincolata da qualunque finalità ulteriore e si dà per presupposta, quasi come fosse connaturata all’essenza stessa dell’uomo.²²

La pena, nella teoria retributiva, ha dunque come caratteri coessenziali:

- a) la personalità, in quanto il corrispettivo del male non può che essere applicato all’autore del male;
- b) la proporzionalità, in quanto il male subito costituisce il corrispettivo del male inflitto se ed in quanto sia a questo proporzionato, dunque, nella proporzionalità della pena sta la forza morale, la giustizia della pena;
- c) la determinatezza, in quanto la pena proporzionata ad un male determinato non può non essere anch’essa determinata: in effetti l’applicazione di una pena indeterminata, quale sarebbe quella fissata nel minimo, ma non nel massimo, è un non senso dal punto di vista retributivo. Infine, la pena, in quanto corrispettivo, deve essere sempre e necessariamente scontata dal reo.

1.3 La funzione preventiva o d’intimidazione

Tale funzione è la più importante e primaria, detta anche “difensiva”, in quanto avrebbe il compito di difendere la società dai comportamenti che sono per essa dannosi. Secondo la dottrina, questa teoria “guarda avanti, cioè alle conseguenze dell’inflizione della pena.” Comminando sanzioni per determinati reati, infatti, si diminuisce la loro frequenza perché la prospettiva della pena frena i soggetti nella loro tendenza a delinquere, quale cioè “una contropinta alla spinta criminosa. “La teoria preventiva punisce perché non si commettano delitti in futuro²³.

La funzione preventiva ha due risvolti:

- 1) da una parte la *prevenzione speciale* che mira a impedire che il soggetto che ha commesso un delitto torni a delinquere. La tesi special-preventiva, da qualcuno detta difensiva, sostiene che il principale scopo della sanzione penale sarebbe quello di

²¹ Cfr. KANT I., *La metafisica dei costumi*, trad. it. VIDARI G., Bari, 1970, 154 e ss.; MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 41., PETROCELLI B., *La funzione della pena*, cit., 1935, 1315.

²² FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, 221.

²³ MARIO J- PINTORE A., *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., 273.

evitare che il reo commetta altri delitti, isolandolo dalla società nei casi in cui sia possibile o opportuno. Essa opera sul piano naturalistico, attraverso un processo di riadattamento del soggetto alla vita sociale mediante l'eliminazione o attenuazione dei fattori che ne hanno determinato o favorito l'agire delittuoso.

2) dall'altra parte, la *prevenzione generale*, che mira ad impedire agli altri soggetti dell'ordinamento di commettere delitti²⁴. Secondo questa tesi, occorre partire dal dato di fatto incontrovertibile per cui la pena, prima di essere irrogata, viene minacciata²⁵. In questa fase lo scopo del legislatore non può che essere quello preventivo. Il principio di inderogabilità della pena è, perciò un corollario anche della prevenzione generale, come pure una certa adeguatezza della stessa.

In tal senso, non viene misconosciuta la funzione preventiva, né quella di emenda, perché in realtà la difesa della società si attua anche in tal modo, ma senz'altro dovrebbe risultare preponderante il fine di sottrarre alla società gli elementi più pericolosi delle funzioni del Diritto penale e della pena in genere. Per questa teoria, la pena ha dunque la funzione di eliminare o ridurre il pericolo che il soggetto, cui viene applicata, ricada in futuro nel reato²⁶.

La prevenzione opera attraverso un processo di riadattamento del soggetto alla vita sociale mediante l'eliminazione o attenuazione dei fattori di rischi di commissione di delitti²⁷. Ora la funzione special-preventiva, dal punto di vista pratico e della sanzione applicabile, è in netta antitesi con la teoria della retribuzione e con il cosiddetto Diritto penale del fatto: infatti, implica in teoria la possibilità di infliggere pene severissime per reati minimi, qualora sia probabile la ricaduta del soggetto; oppure, per contro, la possibilità di non infliggere la pena tutte le volte che la ricaduta del reo sia impossibile. Questa funzione, secondo alcuni autori, dovrebbe essere l'unica e la più

²⁴ A seguito della graduale presa di coscienza che il crimine è espressione di un male non solo del singolo ma, in termini più generali, della società, si avvertiva - siamo nel periodo illuministico - la necessità di distogliere non più solo il singolo ma tutti i consociati dal compiere attività criminose. La pena ha un fondamento utilitaristico giacché essa mira a distogliere i consociati dal compiere atti criminosi. Fra i primi ad occuparsi di individuare tale fondamento "utilitaristico" ed in particolare "intimidatorio" della pena, sono senz'altro da annoverare FEURBACH L. parla di coazione psicologica della pena. - ROMAGNOSI D., con la teorica della spinta e della contropinta penale.

²⁵ MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974., 482.

²⁶ Così Romano M, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1987, sub Pre-Art. 1, n. 38, 16., Affermare che il diritto penale assuma in quanto istituzione funzione generalpreventiva¹⁷ significa fare affidamento sulla capacità del medesimo, nel caso in cui altri fattori si rivelino insufficienti, di motivare l'astensione del singolo dall'attuare condotte qualificate come reato

²⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 727 ss.

importante del Diritto penale: il diritto non può educare, non deve punire o vendicarsi, ma deve regolare la società. Lo scopo primario del carcere, specie per i reati più gravi, dovrebbe essere anzitutto quello di evitare alla società il ripetersi di determinati fatti impedendo che il reo possa tornare a delinquere e solo in un secondo (ed eventuale) momento dovrebbero venire a galla le altre funzioni.

1.4 La funzione rieducativa o dell'ammenda

Una funzione che, almeno in teoria, la pena dovrebbe assolvere è quella di emenda, cioè di riabilitazione del condannato per cercare di reinserirlo nella vita sociale. Questa teoria viene chiamata anche teoria della difesa sociale, se ancorata al concetto di pericolosità sociale, ossia probabilità di commissione di nuovi reati. Essa si sgancia dalla colpevolezza e mira ad eliminare la pericolosità sociale dell'individuo. Secondo Jori e Pintore, in questa teoria "la pena si trasforma in un trattamento terapeutico individualizzante, non commisurata alla gravità del reato bensì rapportato alla personalità del reo."²⁸ Si deve quindi mirare alla rieducazione e correzione dei comportamenti del reo nel comminare la pena.

Quindi tale funzione ruota attorno a due concetti: rieducazione e reinserimento sociale. Si tratta di una funzione che taluno giudica profondamente contraddittoria: la pena è per definizione una sofferenza, mentre la rieducazione e l'emenda sono un sollievo, o, come ebbe a dire il Carrara, un "bene grandissimo"²⁹. L'articolo 27, comma 3 della Costituzione, sancisce espressamente che le pene debbano assolvere alla funzione di rieducare il condannato³⁰. Da notare che questa è la funzione che la Costituzione sancisce in modo espresso³¹. Questa funzione si salda con quella precedente di prevenzione speciale, spesso confondendosi con essa, in

²⁸ Cfr. MARIO J- PINTORE A., *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., 274.

²⁹ Cfr. CARRARA F., *Lo stato della dottrina della recidiva*, cit., 142., «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 sia si 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., *Lo stato della dottrina della recidiva*, cit., 133.

³⁰ Sulla funzione della pena secondo la Costituzione Cfr. FIANDACA. G., *Commento all'art 27, comma 3 in Commentario alla Costituzione-Rapporti civili*, tomo VI, BRANCA G- PIZZORUSSO A., (a cura di), Bologna-Roma 1991, 22-266-272., MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 96 ss.

³¹ Art 27 Cost.: In primo luogo è stata accolta – rivoluzionando l'impianto del Codice Rocco - l'idea della finalità rieducativa della pena. La Costituzione dice infatti che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. In pratica si sancisce il principio per cui non solo le misure di sicurezza, ma anche le pene devono svolgere un'opera rieducativa.

quanto educare il singolo equivale anche a prevenire che questi commetta altri reati. La funzione rieducativa è (in teoria) in netta antitesi invece rispetto alla funzione retributiva: se quest'ultima presuppone un uomo libero e responsabile delle sue azioni, che quindi va punito per il male commesso, la prima presuppone un uomo che si comporta così come è stato condizionato dall'ambiente in cui vive e, dunque in qualche modo "rieducabile", e anche salvabile. Tale tesi è stata esplicitamente accolta e ribadita dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 364/1988³² e 313/1990³³. Il Codice Rocco ha accolto un compromesso tra le due funzioni specialpreventiva della pena, e quindi incentrata sulle misure di sicurezza (tendenzialmente a durata illimitata e non commisurate al fatto, ma ad esigenze preventive); e quella classica, orientata in senso retributivo.

Le varie teorie peccano tutte di assolutezza. La retribuzione e la prevenzione generale ignorano la realtà dei soggetti che cadono o ricadono nel reato, nonostante la minaccia del castigo e la sua concreta esecuzione. La prevenzione speciale dimentica, a sua volta, i soggetti che non abbisognano di una vera e propria opera rieducativa, nei confronti dei quali la pena non può avere che una funzione retributiva-dissuasiva. La teoria della retribuzione morale trova, poi, il proprio limite nel fatto che l'imperativo morale di punire l'autore del male non vale rispetto ai reati che non possono ritenersi in contrasto coi postulati dell'etica. Ancora, la teoria della prevenzione generale trova il proprio limite nell'effettività della pena.³⁴

³² Nel cammino che porta ad una valorizzazione della rieducazione si inserisce anche la fondamentale sentenza Corte cost., 24 marzo, 1988, n. 364. Viene precisato che il principio di colpevolezza è indispensabile per "garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate".

³³ EUSEBI L., *La pena in "crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, 19. v. corte cost. 26giugno-2 luglio 1990, n. 313, in www.iusexplorer.it; in quella occasione la Corte precisa che afflittività e retributività rappresentano condizioni minime in assenza delle quali la pena cesserebbe di essere tale. Ed invero, "incidendo la pena sui diritti di chi v'è sottoposto non può negarsi che indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi" 5. Analogamente, è indubitabile che la pena presenti risvolti che ineriscono alla difesa sociale e anche "di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque

³⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 125-128.

2 La recidiva nel Codice Rocco del 1930

Il Codice Rocco, nella sua versione originario, aveva strutturato la recidiva contemporaneamente come generica, perpetua ed obbligatoria (salvo i casi di cui all'art 100 c.p.) e, in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole, essa era sottratta al giudizi di bilanciamento delle circostanze. Mentre la riforma del 1974 aveva trasformato l'obbligatorietà in favore di una generalizzata discrezionalità della recidiva³⁵ ed era stata assoggettata al giudizio di equivalenza attraverso la modifica dell'art 69 c.p., venendo equiparata alle altre circostanze.

Nel 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 ad una sua eventuale innata predisposizione al delitto (maggiore pericolosità). 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, attua una disciplina più complessa e severa rispetto alla legislazione precedente.³⁶

Nel Codice del 1930, infatti, la recidiva, in parte si ispira alla maggiore pericolosità dell'agente,³⁷ tuttavia al fondo è frutto di una visione del Diritto penale fortemente autoritaria e repressiva³⁸. Sotto la vigenza del Codice Rocco, la recidiva diviene difatti un istituto dall'ambito applicativo amplissimo e dai consistenti effetti punitivi, capace di giocare su due fronti del reato/pena e della pericolosità/ misure di sicurezze in virtù del doppio binario al quale può essere destinato il reo pericoloso.

Sotto il primo aspetto, la figura centrale resta la recidiva generica, che diviene però perpetua. Accanto all'ipotesi monoaggravata specifica e perpetua, si è aggiunta la figura aggravata temporanea, in cui la "breve" distanza tra condanna e reato è sintomo di una pericolosità ancora maggiore. Inoltre, si prevede l'ipotesi pluriaggravata e si estende l'ambito della reiterata, che si ha "semplicemente" quando

³⁵ PADOVANI T., *Commento a legge 5 dicembre 2005, n. 251, Art 4*, cit., 452.

³⁶ BARTOLI R., voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, Ann, VII, Milano, 2014, 889-890.

³⁷ ROMANO M., - GRASSO G., in *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 92. Per una lettura diversa in chiave di colpevolezza, BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile. Parte generale*, in *Tratt. Dir. pen.* GROSSO F.- PADOVANI T.- PAGLIARO A., (a cura di), Milano, 2009, 141.

³⁸ Cfr. PALAZZO F., *Un penalista del XXI secolo legge il Codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, 355.

il recidivo commette un altro reato. Per tutte le figure se ne conferma l'obbligatorietà, attraverso un'imputazione oggettiva delle circostanze e l'esclusione della recidiva dal bilanciamento. Se gli aumenti divengono discrezionali nel *quantum*, tuttavia si caratterizzano per una notevole consistenza priva di limiti, e se ne potenziano ulteriormente gli effetti indiretti³⁹.

Sotto il secondo profilo, la recidiva assume doppio valenza nella pena e nelle misure di sicurezza.⁴⁰ Tradisce questa visione la sua natura e collocazione nel Codice (capo del reo): pur essendo discussa la sua qualifica di circostanza, senza 'altro la recidiva è indice di commisurazione del reato e incidente sulla pena: tuttavia, l'attenzione è spostata dalla recidiva alla figura del recidivo. Nulla toglie infatti che la recidiva possa portare all'applicazione delle misure di sicurezza in virtù del doppio binario previsto pre i rei pericolosi⁴¹.

Nel Codice Rocco la recidiva viene considerata una circostanza aggravante obbligatoria, inerente alla persona del colpevole, sottratta al giudizio di prevalenza ed equivalenza con l'unica attenuazione delle ipotesi di facoltatività previste all'art. 100 c.p.

2.1 L'influenza 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 sociali⁴². Se dal compimento di un reato si può trarre un giudizio e un segnale della pericolosità

³⁹ BARTOLI R., *La recidiva*, cit., 889.

⁴⁰ Coglie questo profilo PELISSER M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 47.

⁴¹ Il merito di questa nuova cura al reato tanta quanta al reato viene riconosciuto da DE MARSICO A., *Il primo decennale del Codice penale fascista*, in *Ann. Dir. proc. pen.*, 1941, 858-859.

⁴² MARUCCI A., *Misura di sicurezza*, in *Diz. Crim.*, a cura di FLORIAN E-NICEFORO A.- PENDE N., I, Milano, 1943, 560.

del soggetto, la reiterazione degli illeciti costituisce un indice di “pericolosità sociale”⁴³, intesa come la probabilità che il soggetto compia nuovi reati, rispetto alla quale si ritiene 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 retributiva⁴⁴. La dottrina positivista porta il delinquente, nelle diverse tipologie criminologiche di autori di reato schematicamente individuate⁴⁵, ad occupare il centro del sistema penale e induce a ripensare di conseguenza la funzione della pena in ottica di prevenzione speciale.

In questo contesto i modelli positivisticci si sono rivelati maggiormente influenti sulla codificazione del 1930, che ne ha condiviso e raccolto le preoccupazioni di difesa sociale⁴⁶. Esemplificativo delle istanze positiviste fu il progetto di riforma della parte generale del Codice penale elaborata nel 1921 dalla Commissione presieduta da Ferri 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». I provvedimenti di difesa sociale, cioè le sanzioni, dovevano essere paramtrate alla maggiore o minore pericolosità del soggetto. In questa ottica, chi ricade nel delitto dà quindi sempre adito ad un giudizio di pericolosità⁴⁷.

Complessivamente dunque, il codice Rocco, pur escludendo gli aspetti più radicali della dottrina della Scuola Positiva, accolse diversi postulati del positivismo elaborati in materia di pericolosità e dei relativi modelli tipizzati, ma, dal punto di vista dell’istituto della recidiva l’influenza della Scuola si rivelò più ridotta. Nel testo originario dell’art. 99 c.p., infatti, la recidiva ha continuato a conservare, nei

⁴³ PAGLIARO A., voce *Sanzione*: II) *Sanzione penale*, in *Enc. giur.* Treccani. XXVI, Roma, 1991.

⁴⁴ BELLONI B., *Pena*, in *Diz. Crim.*, a cura di FLORIAN E-NICEFORO A- PENDE N., Milano, 1943, 745.

⁴⁵ Vedasi le parole dell’on. FERRI E., così riportate da MUSCATIELLO V. B. *La recidiva*, cit., 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.”.

⁴⁶ NEPPI MODONA G. – PELISSERO M., *La politica criminale durante il fascismo*, in VIOLENTE L. (a cura) *Storia d’Italia*, XII, *La criminalità*, Torino, 1997, 766.

⁴⁷ FERRI E., *Relazione sul progetto preliminare del Codice penale italiano*, cit., 12.

presupposti, un'ispirazione liberale,⁴⁸ 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, infatti, la recidiva ha continuato a conservare, nei presupposti, un'ispirazione liberale⁴⁹.

Resta comunque 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 spezzata l'equazione reato=pena e la pena cominciò ad assumere compiti di prevenzione speciale».⁵⁰

2.2 L'influenza delle scelte di politica criminale

Nel 1925, una riforma dell'ordinamento penale si rendeva necessaria alla luce dell'aumento della criminalità negli anni del dopoguerra, stante l'insufficienza della legislazione vigente e dei «mezzi repressivi e penali, costituenti il principale strumento difensivo dello Stato».⁵¹ 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.

La riforma del 1930 coniuga alcuni istituti di eredità classica-liberale con 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, a contrario, come strumentalizzazione politica in ottica autoritaria⁵². Infatti, 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

⁴⁸ MUSCATIELLO V. B. *La Recidiva*, cit., 37.

⁴⁹ MUSCATIELLO V. B. *La Recidiva*, cit., 37.

⁵⁰ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 699.

⁵¹ *Lavori preparatori del Codice penale e di procedura. penale., 1928* in Vassalli V.G., *Codice penale*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1960, 271

⁵² NEPI MODONO G. – PELISSERO M., *La politica criminale durante il fascismo*, cit., 785.

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 sicurezza⁵³.

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 repressivo⁵⁴.

Rispetto alla codificazione precedente, il Codice Rocco riserva un ampio spazio alla personalità del delinquente, a cui dedica (Titolo IV del libro I) 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 generale⁵⁵. 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": a causa dei suoi caratteri peculiari, quali la genericità, la perpetuità e l'obbligatorietà, che pongono in risalto meri sintomi di pericolosità del soggetto.

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 un'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 concreti»⁵⁶. La recidiva segna già il passaggio dalla considerazione del fatto alla considerazione prevalente del suo autore⁵⁷.

⁵³ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza*, cit., 128-129.

⁵⁴ PAGLIARO A., voce *Sanzione*, cit., 1 ss.

⁵⁵ BARTOLI R., voce *Recidiva*, cit., 889.

⁵⁶ PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*. in *Riv. Dir. e proc. pen.*, 1961, 973.,

⁵⁷ PISAPIA G.D. *Riflessioni in tema di recidiva*, cit 967. l'Autore osserva: «la recidiva, 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, creando un anello di congiunzione tra la valutazione del fatto e la considerazione del soggetto è quello della capacità a delinquere».

2.3 La disciplina originaria della recidiva nel Codice Rocco

Nel Codice Rocco la disciplina della recidiva, se in parte si ispira alla maggiore pericolosità dell'agente⁵⁸, tuttavia al fondo è frutto di una visione del diritto penale fortemente autoritaria e repressiva⁵⁹. Potenziando entrambe questi germi "illiberali" già presenti nel Codice Zanardelli e nella Scuola positiva, la recidiva diviene un istituto dall'ambito applicativa amplissimo e dai consistenti effetti punitivi, capace di giocare sui due fronti del reato/pena e della pericolosità/ misura di sicurezza in virtù del doppio binario al quale può essere destinato l'imputato.⁶⁰

Sotto il primo punto, figura centrale resta la recidiva finta e generica, che diviene però perpetua e sotto il secondo profilo, la recidiva assume doppio valenza nella pena e nelle misure di sicurezza⁶¹. Tradisce questa visione la sua collocazione nel Codice: pur essendo discussa la qualifica di circostanza, la recidiva è indice di commisurazione attinente alla persona del reo e incidente sulla pena; tuttavia, l'attenzione è spostata dalla recidiva alla figura del recidivo. L'originario articolo 99 c.p. richiedeva la reiterazione di un qualsiasi reato per la sussistenza della recidiva, prevedendone tre diverse forme: 1. recidiva specifica; 2. recidiva aggravata; 3. recidiva reiterata⁶².

Al primo punto 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: ciò che rileva è che la recidiva nel reato esprime un'insistenza nel disobbedire a una precisa regola di condotta. La ragione della particolare gravità sta nel fatto che il soggetto, ricade in un comportamento criminoso affine. Il riscontro della "stessa indole" secondo i criteri dell'art. 101 c.p., (soprattutto

⁵⁸ ROMANO-GRASSO, in *Commentario sistematico del Codice penale*, II, ART 85- 149, Milano, 2012, sub art 99, 92.

⁵⁹ PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il Codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, 355.

⁶⁰ BARTOLI R., *La recidiva*, cit., 889 ss.

⁶¹ Coglie questo aspetto PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 47.

⁶² 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."

nell'ipotesi della valutazione dei "caratteri fondamentali comuni"), richiede da parte del magistrato l'analisi delle singole situazioni concrete⁶³.

Per quanto riguarda l'ipotesi di recidiva infraquinquennale, la gravità del fatto 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: 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 pena 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 validità.⁶⁴

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 due distinte ipotesi della recidiva reiterata: la recidiva reiterata generica e la recidiva reiterata aggravata, contraddistinte da variazioni del limite minimo e del limite massimo della pena. Rispetto all'assetto previsto dalla legislazione previgente, 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.

⁶³ ANTOLISEI F., *Rilievi sui reati della stessa indole*, in *Giur.it.*, 1948, II, 289; v. SABASTINI G., *Reati della stessa indole*, in *Giur. pen.*, 1958, II, 421.

⁶⁴ LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 153.

Ebbene 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 del Codice Rocco scompare il principio della temporaneità a favore di quello della perpetuità⁶⁵: un reato dopo la condanna soggiace ad aumenti di pena senza che il breve tempo intercorso abbia rilievo se non per fondare un più intenso *surplus* di sanzione, il lungo tempo è, viceversa ininfluente, in quanto la norma predica soltanto il requisito della definitività della precedente condanna⁶⁶. La strategia repressiva emerge con maggiore chiarezza dalla previsione dell'aumento della pena, che avviene automaticamente dopo la commissione di un reato successivo a una precedente condanna: la sola possibilità di deroga consiste nei casi in cui dalla tipologia del reato si intuisce la disomogeneità delle condotte criminali *ex art 100 c.p.*

La struttura vincolante dell'istituto si riscontra sia 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 dell'art 99 c.p.⁶⁷ Si può desumere *a contrario* a partire dall'art. 100 c.p. che la recidiva fosse 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 "apriori" le ipotesi tipiche 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 indole⁶⁸. In entrambi i casi era posta in rilievo l'affinità tra le esperienze personali vissute dal reo⁶⁹.

Per quanto riguarda il nesso soggettivo, tuttavia, è stato osservato che la formulazione dell'art 100 c.p. imponeva l'obbligatorietà anche quando le violazioni

⁶⁵ PUGLIA F., *Manuale di diritto penale*, Napoli, 1890, 315-318., in senso contrario MANZINI V., *La recidiva, nella sociologia*, cit., 164.

⁶⁶ Le ragioni di questa inversione di tendenze rispetto alla precedente legislazione sono chiarite da MAGGIORE G., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1949, 641-642,

⁶⁷ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., 31-52.

⁶⁸ DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, cit., 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 suriettivamente 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."

⁶⁹ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 128.

non fossero state 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, presupponendo, quindi, che il soggetto versi in una situazione di antigiuridicità e che sia nel primo segmento della condotta, necessariamente doloso, che si concentra il rimprovero dell'ordinamento.⁷⁰ Risulta, quindi, che la volontà legislativa era orientata a individuare un "tipo d'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 di una condanna precedente e di una reiterazione riconducibile alla stessa categoria psicologica, erano conseguentemente imposti un inasprimento della pena e altri effetti pregiudizievoli⁷¹.

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, 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 fundamentalmente comuni" desunti dalla "natura dei fatti che li costituiscono" o "dei motivi che li determinarono". In 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 presuntiva⁷².

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.

⁷⁰ DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, 24.

⁷¹ DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 24.

⁷² DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 30.

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. Se la fisionomia peculiare dei casi di obbligatorietà era riconducibile all'omogeneità tra le violazioni, le fattispecie di recidiva facoltativa si caratterizzano invece per una tendenziale eterogeneità degli illeciti, da cui deriva la differente valutazione del disvalore operata dall'ordinamento⁷³.

Nell'esaminare la *ratio* dei confini tra le due ipotesi di recidiva (obbligatoria e facoltativa), in dottrina si osserva come il legislatore ha inteso punire severamente solo chi avesse tenuto la grave ribellione all'ordinamento 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 che nelle restanti ipotesi occorra accertare concretamente la pericolosità del singolo caso poiché l'ordinamento differenzia, a partire dalla sanzione, la figura della recidiva dalle ipotesi di pericolosità.⁷⁴

Sostiene l'essenzialità del significato della norma all'art. 100 c.p. anche altra dottrina, che si oppone all'orientamento prevalente, teso a considerare la recidiva facoltativa un'ipotesi di natura eccezionale e derogatoria rispetto alla regola della recidiva obbligatoria, affermando invece che la recidiva obbligatoria 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». Questa dottrina 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.⁷⁵ Ancora detta dottrina rigetta la diversa "quantità" dell'illecito come spiegazione

⁷³ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza*, cit., 50.

⁷⁴ DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 38.

⁷⁵ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 121

alla diversità di trattamento tra i casi di recidiva *ex art. 99* (obbligatoria) e *art.100 c.p.*(facoltativa) e porta invece l'attenzione sul riflesso nell'esperienza personale del colpevole di tutti gli aspetti collegati alla prima condanna⁷⁶.

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 condanna e la nuova condotta criminosa.⁷⁷

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, sono costituiti dalle ipotesi tipizzate di facoltatività e, sul piano sanzionatorio, dall'assenza nel caso di recidiva semplice di un aumento di pena minimo.⁷⁸

2 4 La commisurazione della pena *ex art 133 c.p.*

La commisurazione della pena viene definita come la determinazione, da parte del giudice, della quantità di pena da infliggere in concreto al reo tra il minimo e il massimo edittale, oppure come la scelta del tipo di sanzione da applicare per il reato commesso. Nello scegliere la pena adatta al caso il giudice esercita un potere discrezionale.

La dottrina ha sviluppato una classificazione sistematica dei criteri o indici di commisurazione della pena essi sono: criteri finalistici per cui il giudice deve individuare i fini da raggiungere mediante la irrogazione della pena; criteri fattuali per i quali il giudice deve selezionare le circostanze di fatto che assumono rilevanza alla stregua dei criteri finalistici; infine, criteri logici mediante i quali il giudice effettua una valutazione del peso degli indici fattuali ai fini di un giudizio sulla

⁷⁶ PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*, cit., 1961, 972.

⁷⁷ LATALITA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 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.

⁷⁸ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza*, cit., 52.

complessiva gravità del reato e di un corrispondente dosaggio della sanzione tra il massimo e il minimo edittale⁷⁹.

Nel nostro Codice gli indici di commisurazione della pena sono stabiliti dall'art.133 c.p. La previsione espressa degli indici «fattuali» consente di estendere la valutazione giudiziale del fatto oggettivo alla personalità del reo.⁸⁰In questo senso, il primo comma della disposizione, secondo la quale il giudice, nella commisurazione della pena, deve tenere conto della gravità del fatto,⁸¹ rappresenta un segno del «compromesso» raggiunto tra le opposte Scuole di diritto penale; mentre il comma successivo (capacità a delinquere), esigendo un secondo giudizio sulla personalità del reo, sembra tener conto delle istanze del Positivismo criminologico, orientato a considerare l'attitudine a delinquere ai fini di una prognosi di pericolosità sociale. La capacità a delinquere resta un istituto molto controverso e la sua nozione non è tanto chiara. Per i sostenitori della teoria retributiva⁸² che assumono la personalità del reo come «personalità morale», la capacità a delinquere riguarda non il futuro, ma il passato, non l'attitudine verso nuovi reati, ma l'attitudine al reato commesso, non potenzialità criminali del reo, ma l'intensità criminale espressa⁸³. Per i positivisti, che guardano alla «personalità criminologica» del reo, la capacità a delinquere riguarderebbe, invece, non il passato, bensì il futuro, non la criminalità espressa del reato ma le sue potenzialità criminali, e costituirebbe oggetto non di diagnosi, ma di prognosi, cioè attitudine del soggetto a commettere nuovi reati⁸⁴.

⁷⁹ Nel silenzio della legge, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che il problema della polifunzionalità della pena e, di conseguenza, il problema della scelta della finalità che deve essere perseguita, possa essere risolto dal dettato costituzionale. Nello specifico, si considerano l'art. 27 c. 3 Cost. secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, l'art. 27 c. 1 Cost. secondo cui la responsabilità penale è personale e l'art. 3 c. 1 Cost. per il quale tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali dinnanzi alla legge. v. MATOVANI F., *Diritto penale*, cit., 773.

⁸⁰ Come si nota La capacità a delinquere, ex art 133 c.p. co. 2 deve essere desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziali e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo antecedenti al reato; 3) dalla condanna contemporanea e susseguente al reato. 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.”

⁸¹ La gravità del reato, ex art 133 co,1, c.p. va desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall' oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato, 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa”.

⁸² BETTIOL G., *Diritto penale*, cit., 319-321, per il quale la capacità a delinquere dovrebbe essere considerata «criterio d'individuazione della colpevolezza» L'A., ribadisce, la necessità di distinguere tra personalità morale e personalità criminologica: la prima da prendersi in considerazione a fini repressivi, la seconda a fini preventivi.

⁸³ Cfr MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 630.

⁸⁴ In tale senso Cfr. ANTOLISEI F., *Diritto penale*, cit., 507., per il quale la capacità a delinquere è «l'insieme delle possibilità criminali dell'individuo», cioè “criminalità latente” o “potenziale”.

Alcuni Autori sono incline a identificare *tout court* la capacità a delinquere con la pericolosità sociale⁸⁵.

Si registra, poi, un orientamento intermedio, incline ad individuare nella capacità a delinquere una duplice funzione: l'una di graduazione della colpevolezza del fatto e l'altra, diretta ad accertare la potenzialità criminosa del soggetto in una prospettiva di prevenzione speciale⁸⁶Con la conseguenza che rimane poco chiaro quale ruolo sia da attribuire rispettivamente alla retribuzione, alla prevenzione generale e/o alla prevenzione speciale⁸⁷. È questa la ragione per cui gli indici contenuti nell'art 133 c. p. non sono in grado di assurgere a criteri capaci di vincolare esercizio del potere discrezionale del giudice⁸⁸.

La norma *ex art* 133 c.p. ha un'importanza fondamentale, in quanto ha la funzione di indirizzare il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, sulla base di parametri oggettivi, legati alla gravità del reato, e soggettivi, relativi invece alla capacità a delinquere del reo. Tuttavia, nonostante l'analitica descrizione degli indici fattuali di commisurazione della pena, secondo alcuni Autori nella norma manca l'indicazione dei criteri finalistici sottesi, nel senso che non è chiaro se la "gravità del fatto" e la "capacità a delinquere" vadano interpretate in chiave retributiva ovvero special-preventiva. Si tratta di uno snodo dottrinale ancora fortemente dibattuto. Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, la soluzione starebbe nei binomi retribuzione-gravità del reato e special prevenzione-capacità criminale⁸⁹.

L'introduzione di un regime di generalizzata discrezionalità della recidiva operata dalla riforma del 1974 ha posto il problema relativa alla mancanza nell'art 99 c. p. di criteri guida ai quali il giudice possa fare riferimento per l'esercizio del suo potere discrezionale. Infatti, con l'abolizione dell'automatismo, la precedente condanna non costituisce più il parametro formale al quale ancorare la recidiva, ma

⁸⁵ ANTOLISEI F. *Diritto penale*, cit., 513-514., sostiene che la pericolosità sta alla capacità criminale come la probabilità sta alla possibilità: la prima è un'intenza capacità criminale

⁸⁶ NUVOLONE P. *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 331. V. anche Cfr. MANTOVANI F. *Diritto penale*, cit., 630- 631, il quale sostiene che, poiché il sistema desumibile dal Codice è dualistico (punitivo-retributivo ma anche preventivo- rieducativo), è coerente che tale dualismo si riverberi anche sul dispositivo dell'art 133 c.p. Appare perciò corretto attribuire alla capacità a delinquere una funzione bidimensionale: una funzione retrospettivo-retributiva e una funzione prognostico- preventiva.

⁸⁷ MALINVERNI A., voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.* vol. VI, Milano, 1960, 119.

⁸⁸ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit.,752 i quali parlano di "fallimento" dell'art 133 c.p. in sede di prassi applicativa.

⁸⁹ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, Napoli, 2020, 65-78.

ad esso si devono aggiungere altri criteri per la valutazione della recidiva, attinenti alla personalità del reo, che l'art 99 c.p. tuttavia non fornisce, con la conseguenza di una disciplina che riconosce al giudice ampi poteri senza criteri guida su come esercitarli⁹⁰: il rischio diventa allora, come paventato in dottrina, quello di una «sovranità giurisdizionale» che oscilla tra eccessi di clemenzialismo o di rigorismo irrazionale, mettendo in pericolo lo stesso principio di legalità della pena sancito dalla Costituzione⁹¹.

La giurisprudenza successiva alla riforma del 1974, pur riconoscendo l'aggravante della recidiva risolveva la questione relativa ai parametri di discrezionalità, confidando negli indici fattuali dell'art 133 c. p.: è in base ed essi che il giudice dovrebbe verificare «se la recidiva, esprime o no una criminalità più accentuata»⁹². Tuttavia, l'art 133 c.p. non è in grado di offrire soluzioni univoche in ordine al potere discrezionale del giudice. Secondo la migliore dottrina il Codice penale rimette all'apprezzamento discrezionale del giudice della cognizione tutta una serie di opzioni che gli dovrebbero consentire di adottare la decisione adeguata al caso concreto. In tutte queste opzioni, in cui il giudice dispone di un margine di scelta, gli indici di cui all'art 133 c.p., se da un lato rappresentano per lui un indefettibile strumento per addivenire ad una corretta valutazione, dall'altro gli consentono un amplissimo margine di manovra in ordine alla scelta delle finalità politico-criminale da perseguire tramite la sanzione penale.⁹³

La dottrina si è a lungo interrogata sul carattere libero o vincolato del potere discrezionale del giudice. La teoria della discrezionalità libera pare scartata dalla prassi giurisprudenziale guardando all'istituto della motivazione ex art 132 c.p. di

⁹⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 638. E che neppure l'art 133 c.p. non fornisce, dato che i criteri ivi previsti offrono «soltanto un elenco da valutare senza indicare i criteri di valutazione».

⁹¹ NUVOLONE P., P. *Il sistema del diritto penale*, cit., 332.

⁹² Cass. pen. 31 gennaio 1979, in *Giust. pen.* 1980, II, C 40, Pure Cass. pen., 22 novembre 1974, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 1976, 307, ove si afferma che il giudice «non è più vincolato alla opinione preventiva ed astratta della maggiore capacità a delinquere e pericolosità del reo, ma è tenuto a stabilire volta per volta se effettivamente la recidiva sia espressione di insensibilità etica e pericolosità, e giustifichi perciò la maggiore punizione del reo, o se invece per l'occasionalità della ricaduta, per i motivi che la determinano, 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[...]quella insensibilità e quella pericolosità non siano riscontrabili. Occorre cioè ispirarsi ai criteri dettati dall'art 133c.p. per stabilire poi, sulla base della gravità del reato e della capacità a delinquere del colpevole, se ed in quale misura il nuovo reato sia espressione della insensibilità all'obbligo di non violare la legge dimostrata dal reo dopo la condanna, nel senso che quanto più il nuovo reato tragga origine da situazioni contingenti ed eccezionali, tanto più è palese è l'opportunità di non aggravare la pena e viceversa».

⁹³ v. per tutti BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionale*, 1965, 1-100.

carattere generico e vago.⁹⁴La dottrina prevalente invece qualifica esplicitamente la discrezionalità penale come discrezionalità “vincolata”, configurandola come proseguimento dell’opera del legislatore, attuata mediante la concretizzazione dei giudizi di valore della legge e la realizzazione nel caso concreto dei fini da essa perseguiti.⁹⁵Tuttavia, la discrezionalità penale è sottoposta a limiti legislativamente predeterminati, individuati: in primo luogo, nel quadro edittale della pena tra il minimo e il massimo previsto, in secondo luogo nella previsione esplicita degli indici di commisurazioni della pena di cui all’art 133 c.p.; in terzo luogo nell’obbligo di motivazione *ex art 132 c.p.*⁹⁶

In tale prospettiva s’inquadra il dibattito circa il carattere tassativo, omnicomprensivo o esemplificativo dell’elenco dei criteri contenuto nell’art 133 c.p. Per i fautori della prima interpretazione l’art 133 c.p. avrebbe previsto tutti gli elementi di valutazione ai quali è possibile ricorrere per orientarsi in concreto nell’inflizione della pena.⁹⁷Altri Autori hanno contestato questa tesi sostenendo che, per istituire un sistema di discrezionalità vincolato, non è sufficiente l’enucleazione tassativa di fatti su cui dovrà appuntarsi la valutazione del giudice. Per orientare le scelte del giudice, è necessario una normativa che definisca con chiarezza la funzione della discrezionalità penale⁹⁸.

Nel nostro ordinamento il carattere libero della discrezionalità discende dal silenzio dell’art 133 c.p. a proposito della funzione della pena⁹⁹. L’unico riferimento

⁹⁴ Cfr. DOLCINI E., *voce Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. Dir.* vol. XXXIV, Milano, 1985, 748, il quale puntualizza come questa situazione consente soltanto di escludere che, attualmente, la discrezionalità sia sottoposta a vincoli, mentre non autorizzi alcuna illazione circa la legittimità o possibilità di imporre dei vincoli di tale natura attraverso una riforma legislativa. In senso contrario, LATAGLIATA A.R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Tommaso Natale*, 1975, 337, ad avviso del quale «l’aspirazione della dottrina ad un vincolo normativo del giudizio discrezionale» rifletterebbe «vecchi pregiudizi legalistici ed antiche diffidenze nei confronti della valutazione che in giudice prende al di fuori di una predeterminazione generale ed astratta».

⁹⁵ Cfr. FIANDACA G - MUSCO E., *Diritto. penale*, cit., 742.

⁹⁶ Cfr. DOLCINI E., *voce Potere discrezionale del giudice*, cit., 749, VASSALI G., *Il potere discrezionale nella commisurazione della pena.*, (in *primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari, Conferenza*), Milano 1958, II, 742. L’Autore individua negli artt. 132 e 133 c.p., il fondamento normativo per l’attribuzione alla discrezionalità di un carattere “controllato” e “regolato”. In senso contrario LATAGLIATA A.R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Tommaso Natale*, 1975, 337, ad avviso del quale «l’aspirazione della dottrina ad un vincolo normativo del giudizio discrezionale» rifletterebbe «vecchi pregiudizi legali ed antiche diffidenze nei confronti della valutazione che un giudice prende al di fuori di una predeterminazione generale ed astratta».

⁹⁷ MAZZA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 70.

⁹⁸ DOLCINI E., *La commisurazione della detentiva*, Padova, 1979, 18, in fatti un medesimo criterio fattuale può assumere un significato aggravante a seconda del criterio “finalistico” con cui viene posto in relazione.

⁹⁹ Cfr. CONTENUTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Tommaso Natale*, 12978, 655.

risolutivo per guidare la discrezionalità giudiziale resta dunque quello offerto dalla funzione della pena ricavata dai principi costituzionali.¹⁰⁰ Si può dunque affermare che il richiamo giurisprudenziale all'art 133 c.p., come norma di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale *ex art 99*, non si rivela risolutiva nella prassi e soprattutto in considerazione delle incertezze interpretative concernenti il concetto di "capacità a delinquere" di cui al comma 2 dell'art 133 c.p., in relazione al quale la dottrina penalistica non è approdata a soluzioni univoche¹⁰¹.

Per supplire al silenzio dell'art 133 c.p. sui criteri "finalistici" che presiedono all'irrogazione della pena, la Dottrina prevalente ha ritenuto necessario tentare uno studio costituzionalmente orientato della problematica della commisurazione della pena. I principi costituzionali relativi al Diritto penale sembrano essere in grado di fornire indicazioni vincolanti rispetto al fenomeno punitivo.¹⁰² L'art 27, comma 1, Cost., riconoscendo il principio della responsabilità non solo personale, ma anche colpevole, riflette un orientamento del sistema penale diretto alla valorizzazione dell'elemento soggettivo del reato e cioè della colpevolezza che deve svolgere una funzione primaria anche nella fase della commisurazione della pena.¹⁰³

La stessa norma riesce ad illuminare il problema anche sotto la diversa angolatura di divieto di responsabilità per fatto altrui¹⁰⁴.

Anche il comma 3 dell'art 27 Cost. esplica i suoi effetti nella fase di commisurazione della pena, affermando il principio secondo cui le pene debbono tendere alla rieducazione del reo. Si osserva che nel comma 3 si può scorgere non soltanto una scelta a favore della prevenzione speciale, quale funzione primaria della pena, ma altresì la rinuncia a considerare la retribuzione quale finalità autonoma della pena, e quindi quale criterio per la commisurazione della pena. Il giudice al momento d'irrogazione della pena deve scegliere una sanzione idonea sia nel tipo, che nella

¹⁰⁰ Cfr: FIANDACA G., *Considerazione su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. proc. pen.*, 1987, 868 ss., FIANDACA G.- BRANCA G. - PIZZORUSSO A., (a cura di) *Commentario all'art 27 cost.*, in *Commentario alla Costituzione- Rapporti civili*, IV, Bologna-Roma, 1991, 222.

¹⁰¹ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., 61.

¹⁰² FIANDACA G- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 752, i quali parlano, a tale proposito di fallimento dell'art 133 c.p. in sede di prassi applicativa.

¹⁰³ FIORE V. – FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 615.

¹⁰⁴ DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 751. L'Autore conviene sul fatto che l'art 27 co. 1, Cost. consente di dare una risposta alla controversa questione della rilevanza di considerazioni di prevenzione generale in fase

misura, a favorire la rieducazione del reo¹⁰⁵. Invero, l'esigenza di realizzare la finalità rieducativa ha portato la dottrina ad una ricostruzione del concetto di capacità a delinquere in chiave di prevenzione speciale:¹⁰⁶ il giudizio sull'attitudine del reo a commettere reati dovrà essere cioè proiettato nel futuro, e fungere da criterio fattuale di dosaggio di una pena da determinare in vista del reinserimento sociale dell'agente¹⁰⁷.

Alla stregua di quanto precede, si comprendono dunque le ragioni per le quale la prevalente dottrina oggi ritiene che le esigenze di prevenzione speciale, in sede di commisurazione, possano rilevare soltanto *in buonan partem*: vale a dire che il giudice può applicare una pena meno elevata, rispetto a quella che sarebbe giusto infliggere in base al grado di colpevolezza, ogni qualvolta ritenga che ciò serva a facilitare il processo di reinserimento del reo¹⁰⁸.

3 Le esigenze di riforma della disciplina della recidiva: la legge 7 giugno 1974, n. 220

Occorre rilevare come la riforma del 1974 abbia inciso notevolmente sulla disciplina della recidiva, oltre ad attenuare gli aggravamenti di pena e a porre un limite all'aumento, il quale non può essere superiore alla pena della precedente condanna, abbate anche gli automatismi, introducendo la discrezionalità per tutte le ipotesi di recidiva, inserendo la recidiva nel giudizio di bilanciamento e provvedendo l'imputazione soggettiva delle circostanze¹⁰⁹. L'art 99 c.p. era il risultato di un difficile contemperamento fra le esigenze del retribuzionismo classico e quelle del

¹⁰⁵ Cfr. DOLCINI E., *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, Padova 1979, 93., osserva come nelco.3, dell'art 27 Cost. si può scorgere non soltanto una scelta a favore della prevenzione speciale, quale funzione primaria della pena, ma altresì la rinuncia a considerare la retribuzione quale finalità autonoma della pena, e quindi quale criterio per la commisurazione della pena.

¹⁰⁶ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 7.

¹⁰⁷ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 690-692.

¹⁰⁸ DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1974, 356., il quale sostiene che dal principio costituzione della rieducazione del condannato si ricaverebbe l'esclusiva rilevanza in *buonam partem* di considerazioni specialpreventive «al di sotto del limite segnato dalla colpevolezza»; nello stesso senso FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 754; VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 186.

¹⁰⁹ VASSALLI G., *La riforma penale e attuale del 1974*, Milano, 1975, 63 ss.

positivismo.¹¹⁰ Per le une, nella la pena dovrebbe tenere conto esclusivamente la gravità del singolo fatto di reato, per le altre, invece, dovrebbe tenere conto anche della personalità pericolosa dell'autore.¹¹¹ La dottrina precedente alla riforma del 1974 valutava la ricaduta nel reato maggiormente punibile per un'esigenza di retribuzione morale o in considerazione della sua maggiore pericolosità, postulante un trattamento ispirato alla difesa sociale.¹¹² Le innovazioni apportate dalla novella del 1974 alla disciplina della recidiva non hanno risolto i problemi interpretativi di questo istituto. Da un lato, si consolida una *ratio* "bidimensionale" della recidiva che fa riferimento sia alla maggiore colpevolezza che alla maggiore pericolosità, risultando così l'applicazione della recidiva condizionata spesso dalla convenienza del caso concreto e quindi arbitraria¹¹³. Dall'altro lato continuano a giocare un ruolo significativo gli effetti indiretti, i quali negli anni a venire si riterranno operanti attraverso un'interpretazione giurisprudenziale in sede esecutivo che nel restringere la discrezionalità reintrodurrà un automatismo¹¹⁴.

L'introduzione di una generalizzata discrezionalità dell'istituto costituì un passaggio fondamentale: esso soppiantò la previgente generalizzata obbligatorietà, che mirava ad assicurare l'applicazione al recidivo di un trattamento più severo mediante un vero automatismo. Non si trattava, per il giudice di valutare una situazione concreta, ma piuttosto di verificare l'esistenza della precedente condanna che dava vita ad una sorta di presunzione legale assoluta di recidiva, che non lasciava spazio all'intervento del giudice.¹¹⁵

¹¹⁰ BRUNELLI D., *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco*, in AA.VV *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, 1930, Padova, 2010, XCVIII: «la recidiva del Codice Rocco non era figlia di nessuno Scuola, non era da ricondurre a nessun orientamento scientifico»

¹¹¹ BRUNELLI D., *Recidiva e Scuola Positiva*, cit., XCV, sottolinea come, secondo dei positivisti «la recidiva in sé non assume un grande significato poiché il problema della scienza penale è piuttosto quello della delinquenza abituale, di cui la recidiva non rappresenta che un possibile indizio» che può anche essere, al contrario «effetto di disgraziate contingenze che di tendenza personali» Cfr. FERRI E., *Principi di diritto criminale: delinquenti e delitto*, Torino, 1928, 269.

¹¹² BENINI S., *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1978, 470 ss. Proprio per tali motivi dice l'Autore, non è possibile spiegare la tendenziale obbligatorietà della recidiva nella disciplina originaria del Codice Rocco con gli insegnamenti della Scuola Positiva.

¹¹³ BRUNELLI *frammenti storici e attuali della recidiva* in *Speciale Recidiva 2012, diritto penale e processo, dir. pen. proc.* 2012, 9., Per un quadro della giurisprudenza AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 13 ss.

¹¹⁴ Cass. pen. 22 novembre 1974, in *Riv. it. dir. e pro. pen.* 1976, 303.

¹¹⁵ BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2007, 1123, secondo la quale, tra le due proiezioni, il legislatore del 1930 avrebbe optato esclusivamente per la seconda «poiché dalla valutazione della maggiore gravità del reato ha fatto

Un simile automatismo è stato infranto con il D. L. 11 aprile 1974, n. 99 convertito in legge 7 giugno 1974, n. 220 con l'obiettivo di attenuare il rigorismo della disciplina precedente, aprendo al giudice ampi spazi di discrezionalità e portando tale disciplina 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 sanzionatorio.¹¹⁶

Sempre nell'ottica di attenuazione del rigore repressivo, la riforma del 1974 ha trasformato la recidiva in una circostanza aggravante compatibile con il bilanciamento delle circostanze, e ha inoltre ridotto sensibilmente gli aumenti di pena fissi per le diverse ipotesi di recidiva aggravata e reiterata, rinunciando a fissare una soglia minima dell'aumento di pena e fissandone una massima, rappresentata dal cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato *ex art 99, ult. Comma, c.p.* Tuttavia, l'impianto dell'istituto della recidiva è rimasto immutato: in particolare, è rimasta invariata la genericità e perpetuità della maggiore parte delle forme di recidiva.

Invero, la novella del 1974 non nasceva da un ripensamento sul fondamento della recidiva bensì dalla necessità di mitigare il rigore repressivo del Codice Rocco 1930, affidandosi ad una valutazione giudiziaria discrezionale e rifuggendo dall'automatismo nell'applicazione delle sanzioni.¹¹⁷

Questa novella ha dato dunque un nuovo volto all'art 99 c.p., trasformando l'aggravante da obbligatoria in facoltativa, riducendo gli aumenti di pena sanciti per la recidiva aggravata nelle sue varie forme: fino ad un terzo, e per i casi più gravi di recidiva reiterata, fino alla metà, nell'ipotesi della recidiva semplice, fino a due terzi,

discendere e in termini obbligatorio almeno nella sua disciplina originaria, un aumento di pena, mentre dall'inclinazione al reato, che si manifesta con la dichiarazione della recidiva, non consegue l'applicazione di una misura di sicurezza come, invece avveniva nel caso di dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato»: è evidente dunque che il metodo utilizzato dall'autore rimane legato al parametro delle conseguenze giuridiche che il legislatore farebbe discendere dalla dichiarazione di recidiva.

¹¹⁶ 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.M., *Recidiva e recidivismo*, 3.

¹¹⁷ Cfr. MUSCATIELO V. B., *La Recidiva*, cit., 100: «Del resto lo stesso Codice del 1889, limitava la validità della presunzione legale entro un determinato limite di tempo oltre il quale veniva meno la possibilità di dedurre dalla condanna antecedente l'esistenza di una malvagità d'animo maggiore rispetto al delinquente primario»

nell'ipotesi di recidiva reiterata specifica e infraquinquennale, eliminando il minimo dell'aumento nel caso della recidiva pluriaggravata di cui al comma 3 e negli altri casi di recidiva reiterata. È stato introdotto all'ultimo comma il limite per cui "in nessuno caso l'aumento di pena per la recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato"¹¹⁸.

La novella del 1974 segna pertanto «il passaggio da una definizione formale ad una definizione sostanziale del fenomeno della ricaduta nel reato»: la preesistenza di un giudicato non esauriva più la nozione della recidiva, ma essa diventava un presupposto formale cui doveva aggiungersi un requisito attinente alla personalità del reo¹¹⁹. In Dottrina taluno inquadra la figura all'interno della categoria della capacità a delinquere. E dunque, la precedente condanna deve essere valutata insieme ad altri elementi. La riforma del 1974 aveva suscitato innumerevoli perplessità riguardo all'ampia dilatazione dei poteri discrezionali del giudice.

Più serio sembrava il problema della mancanza dei criteri dell'esercizio della discrezionalità, tale da far paventare una «sovranità giurisdizionale», sottratta persino all'obbligo di motivazione concepibile solo se la legge avesse dettato degli indici di massima, sovranità questa tanto più priva di criteri legislativamente predeterminati e di meccanismi di controllo con il conseguente rischio di quelle disparità di trattamento che sono inconvenienti per la certezza del diritto e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge¹²⁰.

È evidente che nello spirito della riforma del 1974, finalizzata in via generale ad attenuare il rigore sanzionatorio di alcuni istituti di parte generale del Codice Rocco, la facoltatività della recidiva si giustificava in virtù del principio di individuazione e personalizzazione della pena, che avrebbe trovato fondamento nell'art 27, co. 3, Cost, cioè nell'esigenza di adeguare in concreto l'applicazione della sanzione penale sia alla gravità del fatto, sia alla personalità del reo¹²¹. E tuttavia l'assenza nel nuovo art 99 c.p. di indicazioni circa i criteri di esercizio della

¹¹⁸ PALLAZO F., *Requiem per il Codice penale?* in *Cass. pen.*, 2011, 4064 ss.

¹¹⁹ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1972, 307. Analogamente VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, cit., 65

¹²⁰ NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, cit., 336.

¹²¹ STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. urb.*, 1976, 289 ss. L'Autore interpreta l'eliminazione dell'automaticità come uno spostamento della ragione d'essere della recidiva dall'ambito di mere esigenze di prevenzione generale alla sfera della personalizzazione della pena.

discrezionalità ha accresciuto i motivi di incertezza in ordine al fondamento dell'istituto della recidiva. Tuttavia, anche la natura di “giano bifronte”¹²² della recidiva non sembrava essere mutata.

3.1 La discrezionalità e facoltatività della recidiva in ordine all'aumento della pena

a. La facoltatività

Con la riforma introdotta dal d. l. 11 aprile 1974 n. 99 convertito in legge 7 giugno 1974 n. 220 la recidiva era stata trasformata da obbligatoria in facoltativa ed era stata assoggettata al giudizio di equivalenza attraverso la modifica dell'art. 69 c.p., venendo equiparata alle altre circostanze: anche aderendo alla concezione della recidiva come *status* soggettivo, il giudice non aveva in pratica dei vincoli nella quantificazione della pena, potendo non applicare l'aggravamento della pena per la recidiva o paralizzarne comunque l'effetto aggravatore dichiarandola subvalente. L'aspetto della recidiva su cui ha inciso l'intervento del 1974 è il regime obbligatorio o facoltativo della stessa¹²³.

La rilevante modifica rispetto alla originaria formulazione codicistica consiste infatti nella locuzione «*può essere sottoposto a un aumento*», che introduce la generalizzata facoltatività della recidiva, con riconoscimento del potere discrezionale del giudice e conseguente abrogazione dell'art. 100 c.p., che nell'ordinamento precedente prevedeva alcune ipotesi di recidiva facoltativa.

In merito alla portata di tale modifica non vi è però stata unità tra dottrina e giurisprudenza¹²⁴.

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

¹²² AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 10.

¹²³ Così PITTARO P., voce *Recidiva*, cit., 364

¹²⁴ AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 13-15, cui si rinvia anche per i successivi riferimenti giurisprudenziali.

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 ma di facoltà di non apportare alla pena base da infliggere per il reato commesso l'aumento corrispondente al tipo di recidiva contestata». ¹²⁵La giurisprudenza di legittimità 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 indiretti che ne discendono in tema, ad esempio, di amnistia, oblazione, riabilitazione e sospensione condizionale della pena.

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. Il legislatore del 1974 è intervenuto sui singoli commi dell'art. 99 c.p., condizionando alla discrezionalità del giudice quelli che erano aumenti automatici di pena e stabilendo quindi la facoltatività solo con riferimento all'effetto principale della recidiva. ¹²⁶ Invece, nel precedente sistema, l'art. 100 c.p. introduceva nel sistema del codice previgente un'eccezione ai criteri presuntivi dell'obbligatorietà, concedendo al giudice la facoltà di escludere la recidiva.

Il nuovo sistema, instaurato dalla novella del 1974, comporta un rovesciamento della posizione del legislatore del 1930 relativamente all'assetto della discrezionalità poiché «non si trattava più di facoltà di escludere, ma di facoltà di

¹²⁵ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. *Milo*), in *Mass. dec. pen.*, 1976, 184. In questa sentenza si specificano in seguito i contorni dell'apprezzamento del giudice, affermando che è «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. pen., Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. *Mele*), in *Mass. dec. pen.*, 1976, 163, [...] 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 espressione d'insensibilità etica e di pericolosità e giustificata, 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.»

¹²⁶ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 304.

ritenere la recidiva».¹²⁷ Il mutamento della configurazione legislativa del potere discrezionale del giudice 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 in ogni caso a fornire una adeguata motivazione al fine di procedere alla contestazione della recidiva autorizzante l'impiego del potere discrezionale.¹²⁸ Conseguentemente dopo la riforma, è necessario allora che al soggetto venga attribuito in concreto la qualifica di recidivo: infatti, solo da tale qualifica, formale e sostanziale, potranno discendere tutti gli effetti previsti dall'ordinamento.¹²⁹

b. La discrezionalità

Questione immediatamente susseguente alla generalizzazione della facoltatività riguarda 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 (capacità a delinquere del reo), da compiersi alla luce della funzione dell'istituto. Va riconosciuto che l'assoluta assenza, nel nuovo testo dell'art 99 c.p., di indicazioni circa i criteri, in base ai quali il giudice avrebbe dovuto fondare il proprio giudizio, ha accresciuto i motivi di incertezza in ordine ad un istituto già di per sé problematico. Proprio questa lacuna legislativa ha reso nuovamente attuale la questione circa il fondamento della recidiva giacché l'individuazione dei suddetti parametri dipende da una scelta in ordine al suo inquadramento come riconducibile alla sfera della pericolosità o invece a quella della colpevolezza.¹³⁰

¹²⁷ DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 142.

¹²⁸ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 121. Latagliata, 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.

¹²⁹ DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 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.»

¹³⁰ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 307.

Dunque, dopo la riforma del 1974, la questione relativa alla *ratio* della recidiva è diventata ancora più decisiva poiché si lega strettamente al problema dei criteri sui quali fondare l'esercizio del nuovo potere discrezionale del giudice. Si ricorda che, nel quadro della precedente disciplina, il testo dell'art 100 c.p. (la c. d. recidiva facoltativa) forniva un criterio in base al quale il giudice poteva fondare la sua eventuale decisione di escluderla: la disomogeneità dell'elemento psicologico e l'assenza di una medesima indole nei reati. In seguito all'abrogazione di tale norma, diveniva essenziale affrontare il tema della possibile ricostruzione dell'istituto in chiave prognostico-preventiva o, al contrario, retrospettivo retributiva. A tale fine occorre guardare 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 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 dottrina¹³¹ a dimostrazione della considerazione della recidiva da parte del legislatore in chiave di prevenzione generale e non special-preventiva.

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'istituto.¹³² Del resto, 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

¹³¹ DASSANO F., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 153.

¹³² DASSANO F., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 158.

emergenti dal giudicato»,¹³³ 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, in dottrina si osserva che è proprio la *ratio* soggettiva dell'istituto a rappresentare il fondamento dell'esercizio del potere del giudice.

3.2 Il fondamento della recidiva: posizione dottrinale e giurisprudenziale

Le modifiche apportate dalla novella del 1974 hanno riportato all'attenzione i problemi del fondamento e della natura della recidiva, conducendo la dottrina e la giurisprudenza a lunghe e complesse riflessioni, rispetto alle quali tutt'ora non vi è un'omogeneità di vedute. Rammentasi che la dottrina abolizionista, ne sottolineava l'irragionevolezza, contestando la violazione del principio del *ne bis in idem* e del principio della proporzionalità.

Secondo un'opinione autorevole, il «fondamento della recidiva deve essere individuato in base al ruolo che vi si attribuisce e agli effetti giuridici che se ne fanno derivare da essa».¹³⁴ Ed tale ruolo è stato identificato sia nella maggiore colpevolezza per il fatto, in senso diagnostico, sia nella maggiore pericolosità del reo in senso prognostico special-preventiva, in merito alla finalità della pena.

Il codice Rocco 1930 aveva strutturato la recidiva intorno alla prevalenza della prevenzione, come risulta dalla collocazione dell'istituto, posto nel titolo dedicato al reo e non in quello del reato, nonostante essa fosse configurata dal legislatore come circostanza aggravante, a dimostrazione dell'interesse prevalente

¹³³ DASSANO F., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 117.

¹³⁴ ROMANO M., *sub art 99*, in ROMANO M.- GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 93.

dell'ordinamento verso indici di pericolosità del soggetto a discapito dei dati concreti del singolo reato.¹³⁵

Nel quadro della riforma del 1974, l'individuazione della *ratio* dell'istituto della recidiva è stata pertanto, sin dalle sue origini, tradizionalmente discussa in dottrina che non ha una posizione univoca in ordine al suo fondamento. Una parte della dottrina sottolineava l'inquadramento della recidiva nella categoria della capacità a delinquere, da sottoporre a un giudizio di prognosi¹³⁶(valutazione della pericolosità , cioè condotta di vita del reo nella sua interezza); altra parte della dottrina ha invece letto nel venire meno dell'obbligatorietà il passaggio dall'aspetto special-preventivo della pericolosità del soggetto all'aspetto della colpevolezza del fatto, rivalutando il modello retributivo e la gravità del reato nella dimensione della personalità dell'autore¹³⁷.

Gli orientamenti successivi alla riforma traggono spunto dall'introduzione del generalizzato regime di facoltatività della recidiva. Ugualmente insufficiente a tali fini è stato ritenuto un parametro basato esclusivamente sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla dichiarazione di recidiva. Questa impostazione si era sviluppata dalla tesi secondo cui alla pena sarebbe assegnata una unica funzione. Non è dunque possibile individuare il fondamento della recidiva a partire da un parametro che faccia riferimento alle sole differenze di trattamento derivante dalla dichiarazione di recidiva rispetto a quelle derivanti dalle ipotesi di pericolosità. La recidiva penalmente intesa consiste, dunque, come si evince dalla sua etimologia, nella "ricaduta" pertanto, si presenta come istituto dogmaticamente complesso e non esente da contraddizioni.

L'individuazione della *ratio* dell'istituto della recidiva è stata quindi sin dalle sue origini, tradizionalmente discussa in dottrina, senza giungere ad una posizione univoca in ordine al suo fondamento. Gli orientamenti oscillavano fra la tesi di coloro che, leggendo la recidiva in chiave retributiva, la consideravano gravitante nell'orbita

¹³⁵ ROMANO M.-STELLA F. *Prevenzione generale e prospettive di riforma del Codice penale italiano*, in *teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 151 ss.

¹³⁶ Vassalli G., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, come riportato in AMBROSETTI E., *Recidivo e recidivismo* cit.,10.

¹³⁷ ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 93.

della colpevolezza e quella di coloro che, collocandola in una visione prognostica, ne sottolineavano la funzione preventiva.

Paradigmatiche di queste due posizioni teoriche possono considerarsi la tesi di Latagliata e di Antolisei.

La prima individua il fondamento della recidiva in chiave retributiva, nella maggiore colpevolezza di chi commette un reato mostrandosi insensibile all'ammonimento derivante dalla precedente condanna; il recidivo risulta dunque essere «un tipo criminologico d'autore» che lascia maturare nell'animo una naturale realtà psicologica, che consente la sua ricaduta a disprezzo del precedente giudiziale.¹³⁸ La ragione d'essere dell'aggravamento della pena nelle ipotesi di recidiva starebbe, perciò, non già nel fine preventivo, ma nel fatto che il nuovo comportamento criminologico del colpevole, oltre a ledere il bene o l'interesse che costituisce l'oggetto della tutela penale aggredisce il senso di autorità della decisione giudiziaria espressa in forma solenne nella precedente sentenza di condanna¹³⁹. L'Autore avverte l'esigenza di valorizzare il dato della precedente condanna giudiziale, sul quale venne costruita la *ratio* dell'istituto. Nella visione dell'Autore, è «proprio il giudicato penale a conferire alla nuova azione criminosa del colpevole il senso della sua maggiore gravità».¹⁴⁰ Secondo tale concezione la sentenza di condanna rappresenta lo strumento mediante il quale il diritto fa valere in forma solenne la preminenza della volontà della legge sulla volontà del reo,¹⁴¹ il quale viene direttamente e personalmente richiamato all'obbligo di uniformare la propria condotta alle norme giuridiche e vincolato ad un impegno maggiore, derivante proprio dal monito implicito a non commettere altri reati.¹⁴²

Il particolare valore giuridica e morale del giudicato penale finirebbe, dunque, per assumere un significato nell'esperienza personale del colpevole, il ricordo della condanna e perciò ricco di determinazioni etico giuridiche, perché caratterizza la personalità del soggetto e colora di sé la sua successiva condotta di

¹³⁸ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 55-56, sottolinea la necessità di ricercare la *ratio* della recidiva attraverso l'analisi del dato normativo, visto come l'unico criterio valido per ricavare il senso della legge, per chiarirne le incertezze e colmare eventuali lacune.

¹³⁹ Cfr. Cass. civ. Sez. Lav., 20 ottobre 2009, n. 22162, in *Mass. Giust.*, civ., 2009, 1.

¹⁴⁰ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 68-69. In senso contrario, GIANITI F., *Controversia in tema di recidiva*, in *Scuola positiva*, 1963, 268 ss.

¹⁴¹ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 82.

¹⁴² LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 84.

vita.¹⁴³La recidiva secondo Latagliata assume il significato di un'implicita negazione dell'esperienza del processo, di disprezzo per il monito che implica una valutazione diversa della personalità morale del colpevole. Il ricordo della precedente sentenza penale di condanna è il dato su cui poggia secondo tale orientamento l'istituto della recidiva. È l'attualità del suo ricordo a dare alla nuova azione criminosa il senso di una maggiore malvagità¹⁴⁴ per non essersi il colpevole lasciato motivare dall'ammonimento insito nel giudicato;¹⁴⁵ perciò l'ordinamento reagisce con un aumento di pena basato «sulla rinnovata ribellione del soggetto ad una legge di cui egli ha già sperimentato l'efficacia attraverso il giudizio»¹⁴⁶ Per dimostrare tal assunto l'Autore pone l'accento sulla ipotesi di recidiva facoltativa prevista all'art 100 c.p.¹⁴⁷ sottovalutata dalla dottrina precedente nella ricostruzione del significato normativo della recidiva. A dire di Latagliata, la dottrina prevalente ha avvalorato una lettura della recidiva facoltativa come ipotesi di natura eccezionale rispetto alla regola generale della recidiva obbligatoria, di cui al testo originario dell'art 99 c.p.¹⁴⁸ L'opinione in virtù della quale l'obbligatorietà è prevista per i reati più gravi,

¹⁴³ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 112. «L'impegno che deriva al colpevole dal ricordo della precedente condanna nasce dal fatto che il ricordo altro non è che la continuazione dell'esperienza del giudizio di condanna è, cioè, lo stesso giudizio di condanna che si proietta nel tempo attraverso la logica della ammonizione come una forza protesa verso la coscienza del condannato»

¹⁴⁴ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 113.

¹⁴⁵ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 87.

¹⁴⁶ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 94. L'autore, ad ogni modo, nega che la situazione di reità sia il riflesso di un imperativo astratto e generico rivolto a tutti gli individui che hanno riportato una condanna penale, dissentendo, quindi, dalla tesi sostenuta, invece, da DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, cit., 215. Sul punto cfr. LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 116-118. Le varie ipotesi normative della recidiva, infatti, starebbero a dimostrare che la condizione di ciascun recidivo è assolutamente diversa. Se si vuole qualificare con concetto di imperativo il vincolo derivante dall'esperienza della condanna, si deve riconoscere che ci sono tanti comandi, singolo ed individuali, quante sono le condanne, per la particolarità delle situazioni umane, ad un comune denominatore formale, LATAGLIATA A.R., cit., *Contributo allo studio della recidiva*, 119.

¹⁴⁷ «il giudice, salvo che si tratti di reati della stessa indole, ha la facoltà di escludere la recidiva fra delitto e contravvenzioni, ovvero fra delitto dolosi o preterintenzionali e delitti colposi e delitti colposi, ovvero fra contravvenzioni»: abrogato dall'art 10 d. l. 11 aprile 1974 n. 99 convertito in l. 7 giugno 1974, n.220, recante provvedimenti urgenti sulla giustizia penale.

¹⁴⁸ Sulla base di tali premesse, è stato sostenuto che l'omissione di una formale esclusione della recidiva dovesse essere letta come riconoscimento implicito della sussistenza della medesima, MANZINI V., *Della recidiva*, in *Trat. dir. pen. It.*, Torino, II, 1981, 676. Inoltre, si era andato consolidando un orientamento giurisprudenziale che riteneva necessario assolvere l'onere della motivazione soltanto nel caso di esclusione della recidiva, orientamento sostenuto altresì dalla Corte di Cassazione: «Quando la recidiva sussiste tra un delitto e una contravvenzione il giudice non è tenuto a motivare la applicazione dell'aumento della pena previsto dalla legge, perché codesto situazione è conforme alla regola generale in materia di recidiva, ex art 99 c.p., la motivazione sulla recidiva deve ritenersi invece necessario nel caso inverso. Cioè quando il giudice, avvalendosi del potere conferitogli dall'art 100, ritenga di dovere derogare dall'anzidetta regola», v. Cass. pen., 7 dicembre 1957, in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 459.

mentre la facoltatività per quelli meno allarmanti, viene scartata dall'Autore¹⁴⁹. La spiegazione della previsione di una recidiva facoltativa accanto ad una recidiva obbligatoria dovrebbe ricondursi sempre al dato della precedente sentenza di condanna.¹⁵⁰ Il regime alternativo deriverebbe dalla rilevanza del rapporto di associazione che in concreto unisce, nel ricordo del reo, la precedente condanna con la nuova condotta criminosa: quando quel rapporto si attenua o non viene a stabilirsi, non si può configurare la recidiva.¹⁵¹ Secondo Latagliata il criterio di valutazione per affermare o escludere la recidiva non è dunque quello indicato nell'art 133 c.p. poiché il concetto di capacità a delinquere è più ampio di quello della recidiva. Per questo si deve condividere l'opinione secondo cui il giudice ha l'obbligo di dare conto della sua valutazione nella motivazione della decisione.¹⁵² La valorizzazione del potere di accertamento giudiziale nell'ipotesi della recidiva facoltativa operata dal Latagliata sembra aver spianato la strada alla riforma del 1974, incentrata tutta sulla generalizzazione della discrezionalità giudiziale.

L'Antolisei insieme ad altri riteneva, che il fondamento della recidiva andasse individuato esclusivamente in una funzione special-preventiva: «l'istituto della recidiva ha un alto significato, in quanto dimostra che venne spezzata l'equazione pena = reato e la pena cominciò ad assumere anche compiti di prevenzione speciale». La ricaduta nel reato sarebbe sintomatica di una attitudine del reo a commettere in futuro nuovi reati (indice della maggiore capacità a delinquere del soggetto) e sulla base di questo giudizio prognostico si imporrebbe, perciò, la necessità di procedere ad un aumento di pena giustificata dalla maggior pericolosità del soggetto.¹⁵³

¹⁴⁹ In tale senso, la Corte di Cassazione, negando che il riconoscimento o l'esclusione della recidiva facoltativa costituiscono l'uno la regola l'altra l'eccezione, ha coerentemente affermato che il giudice è tenuto a «motivare per quali ragioni ritenga di affermare la recidiva fra un delitto e una contravvenzione, tale obbligo costituendo un sano temperamento alla rigidità della norma secondo cui una contravvenzione può costituire recidiva con un delitto»; Cass. pen., 9 maggio 1934, in *Giust. Pen.* 1935, II, 234.

¹⁵⁰ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 124.

¹⁵¹ Per questo nell'ordinamento vi sono casi in cui «il fatto di recidiva, secondo la combinazione, la natura divergente o la lieve importanza dei delitti, non è suscettibile di esercitare che una influenza meno significativa e variabile di causa per rapporto solamente alla colpevolezza individuale; questi rientrano unicamente nella latitudine lasciata alla valutazione del giudice». Cfr. LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva* cit., 125.

¹⁵² Cass. pen., 9 maggio 1934, in *Giust. pen.*, 1935, II, C. 234. In senso contrario, MANZINI V., *Della recidiva*, cit., 677. L'Autore afferma che l'esclusione è rimessa completamente al giudice, il quale potrà trovare una guida nell'art 133 c. p. Dato questo ampio potere discrezionale, non occorre che egli indichi i motivi dell'esclusione, essendo sufficiente che dichiari di ritenerla opportuna nel caso concreto.

¹⁵³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 522: il necessario corollario di tale premessa era la classificazione della recidiva come una delle quattro forme specifiche di pericolosità previste dal Codice. «La

Nell'originario assetto codicistico la recidiva sembrava dunque assumere le sembianze di un "Giano bifronte":¹⁵⁴ «da un lato l'aggravamento di una pena si sarebbe giustificato per il fatto che la precedente condanna avrebbe costituito indice dell'attitudine del reo a commettere altri reati; dall'altro la maggior severità del trattamento riservato al recidivo avrebbe dovuto intendersi come determinata dalla circostanza che la sua condotta era considerata maggiormente colpevole».¹⁵⁵ Questa diversità di natura denuncia un'ambiguità della figura e le difficoltà di un suo inquadramento, per cui il Codice Rocco non considerava la recidiva come figura di pericolosità sociale alla stregua dell'abitudine, della professionalità e della tendenza a delinquere, bensì, equiparandola al regime delle circostanze, la trattava come una figura di maggiore capacità criminale. Da cui la natura *ibrida* e *proteiforme* della recidiva, con le incertezze in ordine al fondamento e alla sua natura giuridica.

Ulteriore parte della dottrina, infine, identifica il fondamento della recidiva in prospettiva c.d. "mista", o "bidimensionale", tanto nella maggiore colpevolezza, quanto nella più intensa capacità a delinquere del reo. 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 confliggenti¹⁵⁶. Infine, nella particolare ricostruzione operata dalla dottrina, 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 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

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".

¹⁵⁴ La definizione è di AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 10.

¹⁵⁵ DELITALA G., *Sul progetto preliminare del primo libro del Codice penale* in *Riv.it. dir. pen.*, 1950, 161, il quale rileva «come il medesimo elemento possa, in momenti diversi, aggravare il giudizio di colpevolezza o condizionare quello di pericolosità» L'Autore osservava inoltre che «la recidiva aggrava ad esempio la responsabilità. La colpa morale di chi dopo una condanna viola nuovamente la legge è più grave. Ma se il recidivo, dopo la seconda condanna, ricade nel delitto due volte, tre volte, quattro volte ancora, è ovvio concludere che la pena è inadeguata allo scopo. Poiché lo scopo della pena, non può che essere la difesa».

¹⁵⁶ Cfr. MANTOVANI F., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 646; DINACCI E., *Ancora incerto il fondamento della recidiva?* in *Giust. Pen.*, 1988, II, 67; NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, cit., 339.

pena, non vi sarebbero ostacoli ad inserire la recidiva nella dimensione della colpevolezza¹⁵⁷.

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»¹⁵⁸.

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 prognostico¹⁵⁹. 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 recidiva.¹⁶⁰

¹⁵⁷ GUERRINI F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11 aprile 1974 n. 99*, in *St. sen.*, 1978, 55.

¹⁵⁸ L'orientamento bidimensionale è quasi unanimemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen. Sez. VI, 16 luglio 2008, in *Ced. Cass. pen.*, n. 240706, ed oggi accreditato anche dalla Corte costituzionale. Emblematica sul punto è C. cost., Sent. 14 giugno 2007 n. 192, che ha affermato che il giudice può disporre l'aumento qualora ritenga il nuovo reato concretamente significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reato. v. anche, Cass. pen. Sez., V, 21 agosto 1975 (ric. *Di Giorgio*), in *Mass. Cass. pen.*, Ann. 1976, 1082.

¹⁵⁹ Cass. pen., Sez., VI, 5 settembre 1974 (ric. *Mele*), in *Mass. Dec. pen* 1976, 163, m. 130. 148; Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. *Milo*), in *Mass. Dec. Pen.*, 1976, 184, m. 196; Cass. pen. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. *Caccavaro*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 303. 116; Per un più puntuale riferimento giurisprudenziale, Cfr. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 321.

¹⁶⁰ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 307; BERTONI R., *La riforma penale 1974, nella Giurisprudenza della corte di Cassazione*, in *Riv.it., dir. e proc. pen.* 1976, 1400.

3.3 La natura giuridico-circostanziante della recidiva

Il problema della definizione della natura giuridica della recidiva ha visto contrapposte varie opinioni in dottrina e altresì incertezze nelle decisioni giudiziari. A fronte della scelta del legislatore di riconoscere alla recidiva l'efficacia di aggravante, sotto il profilo dogmatico il dibattito si è da sempre polarizzato tra la concezione della recidiva come vera e propria circostanza del reato in senso tecnico¹⁶¹ e la tesi per cui la recidiva andrebbe collocata fra le cosiddette circostanze improprie (indice di commisurazione della), trattandosi di qualificazione soggettiva della persona che infrange la norma penale¹⁶².

La questione relativa alla natura della recidiva si era già posta durante la vigenza del Codice Rocco e neanche la riforma del 1974, pur introducendo il giudizio di bilanciamento anche per le aggravanti e attenuanti inerenti alla persona del colpevole, sembrava aver fornito un aiuto decisivo a tali fini. La successiva riforma dell'art 59 c.p. non ha portato la dottrina ad una posizione univoca sulla natura della recidiva.

Meno divisa si era dimostrata la Corte di Cassazione, che riteneva che la recidiva rientrasse nella categoria delle circostanze aggravanti ancor prima della riforma del 1974.¹⁶³ Dopo la riforma, la giurisprudenza si era allineata al già menzionato indirizzo, in molti casi dando per assodata la natura circostanziale della recidiva. È stato rilevato, inoltre, che in molte occasioni la Corte, senza esprimersi in approfondite valutazioni dogmatiche, una volta riconosciuta la problematica della questione, abbia preferito adottare una visione "pragmatica" della questione controversa, optando, più che per una formale definizione di circostanza del reato¹⁶⁴. L'assenza di una chiara ricostruzione del fondamento dell'istituto e la conseguente rinuncia ad enucleare dei parametri certi per l'esercizio del potere discrezionale del

¹⁶¹ MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2001, 533, PALAZZO, *Corso di diritto penale* cit., 534., AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, cit., 75.

¹⁶² ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 657, BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa*, cit., 153.

¹⁶³ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un. 27 maggio 1961, in *Arch. Pen.*, 1962, II, 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.)".

¹⁶⁴ L'osservazione è di MUSCATIELLO V.B., *La Recidiva*, cit., 62.

giudice, aveva portato a due conseguenze opposte, ma ugualmente preoccupanti: da un lato, era aumentata la probabilità del ricorso a motivazioni generiche o «di stile», tali da fare riaffiorare gli automatismi nell'applicazione dell'aggravante di pena che si volevano evitare, e che avevano determinato l'abrogazione del precedente regime di obbligatorietà¹⁶⁵; dall'altra, aveva comportato una sostanziale disapplicazione giurisprudenziale dell'istituto, attraverso l'annullamento dell'eventuale aumento di pena, nel giudizio di bilanciamento fra circostanze eterogenee¹⁶⁶.

Laddove quindi la giurisprudenza non appare già esplicitamente ferma nel considerare la recidiva alla stregua di una circostanza del reato, la Cassazione non esita comunque ad affermare che essa costituisce anche una qualificazione personale, senza che ciò influisca in alcun modo sull'applicazione della disciplina *ex art 99 c.p.*: «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 per le circostanze aggravanti del reato, sicché ai fini della determinazione della pena, occorre procedere ad una valutazione globale del reato, circostanziata da aggravanti e attenuanti».¹⁶⁷

Sotto il profilo strettamente dogmatico, la tesi a tutt'oggi dominante in giurisprudenza e condivisa dalla prevalente dottrina qualifica la recidiva come circostanza del reato, il che trova letterale fondamento nel disposto dell'art 70, comma 2, c.p. («le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano l'imputabilità e la recidiva») ma anche - soprattutto dopo la riforma del 1974 - nella sua inclusione nel giudizio di equivalenza tra circostanze aggravanti e attenuanti ai sensi dell'art. 69 c.p. (soggiacendo a un particolare regime solo in ipotesi di recidiva reiterata *ex art 99, comma 4, c.p.*)¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Così AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 15-16.

¹⁶⁶ Come ricordato di recente da Così AMBROSETTI E.M., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 678. Effetto che è stato tra le ragioni principali che hanno ispirato la riforma del 2005, sia nella direzione del ripristino dell'obbligatorietà, sia in quella dell'introdurre un vincolo al giudizio di bilanciamento *ex art 69, co. 4 c.p.*, in caso di recidiva reiterata.

¹⁶⁷ Cass. pen., Sez. VI, 17 ottobre 1978, 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 *Giust. Pen.*, 1985, II, 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.»

¹⁶⁸ V. per tutti Cass. pen. 14 giugno 2007, n. 192, 326, in www.iusexplorer.it, Cass. pen. Sez. Un. 27 maggio 2010, n. 35738, 2101, in www.iusexplorer.it

Il legislatore, pur mantenendo la posizione sistematica tradizionale del Codice Rocco, che aveva collocato la recidiva *ex art 99 c.p.* tra le circostanze inerenti alla persona del colpevole e non tra le circostanze aggravanti comuni, ha definitivamente equiparato il regime giuridico della recidiva a quello delle altre circostanze del reato, inserendola esplicitamente all' interno del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee *ex art 69, co.4, c.p.* con tutti i conseguenti effetti, sotto il profilo sostanziale e processuale, in merito: al necessario accertamento della sua conoscibilità *ex art 59 comma 2 c.p.*; alla obbligatoria contestazione da parte del Pubblico ministero *ex art 517 c.p.p.*; alla sua incidenza sul calcolo del termine massimo di durata della custodia cautelare e del termine di prescrizione del reato; alla sua riconduzione alla disciplina del concorso tra le circostanze omogenee *ex art 63 c.p.*¹⁶⁹

A favore di una conclusione che porta a ritenere accolto anche a livello legislativo l'inquadramento della recidiva come circostanza in senso tecnico, milita la legge n. 354/1975 che qualifica la recidiva espressamente come aggravante. Sebbene prima della riforma del 2005 la dottrina e la giurisprudenza prevalente facessero già rientrare la recidiva tra le circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole che potevano essere sottoposte al giudizio di bilanciamento *ex art 69 comma 4 c.p.*, permaneva un orientamento dottrinario, pur minoritario e priva di riscontro in giurisprudenza, che dubitava della qualifica di circostanza in senso tecnico della recidiva. Secondo i fautori di questa tesi la recidiva andava considerata come una condizione personale dell' agente, derivante dall' esistenza di una precedente condanna per un fatto diverso non incidente sul nuovo fatto di reato, ma sulla quantità della pena, vale a dire come circostanza impropria e di natura analoga agli indici di commisurazione previsti dall' art 133 c.p.¹⁷⁰ Tale classificazione sembrava trovare

¹⁶⁹ DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 32.

¹⁷⁰ NUVOLONE P. *Il sistema del diritto penale*, cit. 337, BETTIOL D., *Diritto penale*, cit. 512, MALINVERNI A. voce *Circostanza del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano 1960, 72; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 683 Per la tesi favorevole ad inquadrare la recidiva tra le circostanze in senso tecnico, Cfr. DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 127; MANZINI V., *Trat. Diritto penale italiano*, cit., 747; In *Giur. v. Cass. pen.*, Sez. V, 8 aprile 1999, n. 4412, *Albanese*, in *Cass. pen.* 2000, 1261; *Cass. pen. Sez.VI*, 1° febbraio 1983, *Pivari*, in *Giust. pen.* 1983, c. 723, m 785. Si deve rilevare infatti, come a seguito della riforma del 2005, anche quella dottrina, che negava alla recidiva la natura di circostanza in senso tecnico, abbia ammesso che «il legislatore appare avere optato per la natura circostanziale della recidiva»

conferma sia nella introduzione della facoltatività della dichiarazione di recidiva del regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti *ex art 59, comma 2 c.p.*

Da un lato, il carattere facoltativo appariva contrastante con la natura di circostanza in senso tecnico, che deve essere invece obbligatoriamente contestata e dichiarata dal giudice. Dall'altro lato, il criterio della conoscenza o conoscibilità per l'imputazione delle aggravanti si riteneva incompatibile con la recidiva, che si sostanzia nel mero *status* soggettivo di condannato.

Nonostante tali rilievi, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno continuato a ritenere la recidiva come una circostanza a tutti gli effetti, rilevando come in realtà l'ordinamento già conoscesse delle circostanze discrezionali, quali ad esempio le attenuanti generiche di cui all'art 62 *bis* c.p. Non può sottacersi, tuttavia, che la recidiva, quale circostanza del reato, presenta profili del tutto peculiari, al punto che alcuni Autori sono soliti parlare di aggravante *sui generis*.¹⁷¹

A tacere definitivamente tali dispute sono infine intervenute anche le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 24 febbraio 2011, n. 20798, affermando la natura di circostanza ad *effetto speciale* della recidiva nelle ipotesi disciplinate dai commi 2, 3, 4, dell'art 99 c.p. tuttavia, la giurisprudenza dominante afferma che la recidiva è una circostanza del reato inquadrata, in particolare, tra le circostanze aggravanti soggettive e, più precisamente, tra le circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole¹⁷².

La riforma del 5 dicembre 2005 n. 251 ha, sotto questo aspetto, contribuito ad eliminare nella giurisprudenza ogni residua tendenza ad una considerazione della

¹⁷¹ BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 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., *Diritto penale* cit., 316; BETTIOL G., *Diritto penale*, cit., 650., 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». V. pur con motivazione discutibile Cass. pen. Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3152, *Paolini*, in *www.iusexplora.it*: “La recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, in quanto essa, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato”.

¹⁷² Cass. pen. Sez. Un. 24 febbraio 2011, n. 20798, in *Ced Cass.*, Per un commento a questa decisione cfr. CASSANO M., *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni ancora aperte*, in *La recidiva tra prassi e Costituzione, Speciale Recidiva di diritto penale e processo*, in *Dir. Pen. proc.* 2012, 32 ss. V. Cass., Sez. I, 17 marzo 2010, n. 18513, *Amantonico*, in *www.iusexplora.it* “allorché concorrano due circostanze ad effetto speciale (nella specie, recidiva specifica di cui all'art. 99, co. 2, c.p. e aggravante di cui all'art. 585 stesso Codice), è illegittima l'applicazione di distinti aumenti di pena, dovendosi, in base al disposto dell'art. 63, co. 4, c.p., applicare solo l'aumento connesso alla circostanza più grave, con la possibilità, per il giudice, di aumentare la pena così stabilita”.

recidiva come *status* personale, orientando ad una piena sua valorizzazione quale circostanza pertinente al reato, il che, nell'ottica dei giudici, giustifica la sua applicazione nella prospettiva della proporzionalità, della colpevolezza, talvolta dell'offensività. Ma, proprio per questo, la recidiva richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra il fatto ed i precedenti penali del suo autore.¹⁷³ Si tratta di una affermazione ormai comune alla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria il cui valore non è sminuito da qualche tolleranza per prassi motivazionali sbrigative.

Si esprimono in questo senso le più recenti pronunce, le quali assumono ormai come dato acquisito che la recidiva deve essere considerata quale circostanza soggettiva inerente alle condizioni e alle qualità personali dell'imputato, con possibilità per ogni imputato e ogni condannato di potere beneficiare della valutazione discrezionale di un giudice terzo ed imparziale, nonché dei rilievi degli operatori penitenziari, i quali saranno chiamati ad applicare il percorso processuale e penitenziario più adeguato al singolo caso concreto e alle condizioni ed alle qualità personali del reo.¹⁷⁴

Nello stesso senso si è rilevato che, l'applicazione della circostanza è subordinata all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi.¹⁷⁵

¹⁷³ LEO G., *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2012, 173.

¹⁷⁴ Cass. pen., Sez Un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Cass. pen.*, 2011, 6, 2094 La prima e più importante questione che viene risolta con questa pronuncia attiene alla nota problematica inerente alla natura obbligatoria o facoltativa della recidiva reiterata, a seguito della nuova formulazione dell'art. 99, c. 4, c.p. conseguente alla l. 205/2005. Come già affermato da diverse pronunce (Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, in *CED* 236412; sez. IV, 19 aprile 2007, in *CED*, 235835), la Corte ribadisce che la recidiva, anche quella reiterata di cui all'art. 99, c. 4, c.p., conserva tuttora natura di circostanza aggravante facoltativa, con conseguente possibilità per il giudice di escluderla laddove la ricaduta nel reato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, non appaia in realtà sintomatica di una maggiore colpevolezza e pericolosità dell'agente. L'unica eccezione è costituita dall'art. 99, c. 5, c.p. che disciplina l'ipotesi in cui il nuovo delitto non colposo rientri tra quelli indicati nell'art. 407, c. 2, lett. a) del Codice di rito (tra i quali, ad es., associazione mafiosa e delitti commessi dagli associati, delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, traffico di stupefacenti, strage, omicidio doloso, rapina aggravata ed estorsione aggravata); con riguardo a tale peculiare ipotesi, infatti, il legislatore ha espressamente qualificato l'aumento di pena ivi previsto come "obbligatorio". Da ciò, peraltro, si evince a contrario che, con riferimento alle figure di recidiva di cui ai commi da uno a quattro dell'art. 99 c.p., l'aumento di pena deve considerarsi facoltativo.

¹⁷⁵ Cass. pen., 7 febbraio 1991, in *Giust. pen.*, 1992, II, 226.

In conclusione, si deve affermare che l'inquadramento della recidiva tra le circostanze del reato ne comporta l'assoggettamento alla relativa disciplina ed è pertanto gravido di conseguenze sotto il profilo applicativo. Anzitutto, trattasi di circostanza che richiede, pacificamente in dottrina e giurisprudenza, la previa contestazione da parte della Pubblica accusa, nel rispetto del principio del contraddittorio¹⁷⁶. In questo senso si sono consolidate le pronunce di legittimità che chiariscono come la recidiva, costituendo una circostanza aggravante del reato, non possa produrre l'effetto dell'inasprimento della pena se non quando ne risulti puntualmente contestato il tipo correlativo. La recidiva, quindi, può determinare l'aumento di pena se contestata, a nulla rilevando che non risulti dal certificato penale.¹⁷⁷ Il che, come si è osservato trova conferma nella normativa processuale in materia di nuove contestazioni *ex art. 516 ss. c. p. p.* la quale, pur prevedendo per essa la contestazione suppletiva della recidiva una disciplina derogatoria in ordine al diritto del termine di difesa *ex art. 519, comma 1, c.p.p.*

La contestazione della recidiva, peraltro, come sostenuto dalla dottrina deve essere specifica. Il giudice non può dunque ravvisare una forma di recidiva diversa e più grave di quella contestata, pena la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza *ex art. 521 c.p.p.* Costituisce pur violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza l'affermazione, in sentenza, della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., con il conseguente divieto di comparazione con le circostanze attenuanti, a fronte della contestazione soltanto della recidiva di cui all'art. 99, comma 2, c.p.¹⁷⁸

Quale circostanza del reato, la recidiva deve inoltre ritenersi soggetta al criterio d'imputazione soggettiva di cui all'art. 59, comma 2, c.p. La giurisprudenza non si è pronunciata a tale proposito, mentre in dottrina si è osservato che, affinché la commissione del nuovo delitto possa denotare nel caso concreto insensibilità all'ammonimento derivante dalla precedente condanna, è necessario che l'agente sia a conoscenza di quella condanna. La recidiva, continuando a mantenere nel nostro ordinamento la natura di una circostanza discrezionale, sottintende, un giudizio

¹⁷⁶ Cass., pen. Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, *Calibé*, in www.iusexplora.it

¹⁷⁷ Cass. pen., 26 marzo 2009, n. 16001, in *CED Cass. pen.*, 2009.

¹⁷⁸ Cass. pen., 7 luglio 2009, n. 37523, in *CED Cass. pen.*, 2009. Similmente Cass. pen. Sez. III, 20 gennaio 2010, n., 5849, in *CED Cass. pen.*, 2010.

normativo di valore, cui vengono ricollegate determinate conseguenze sanzionatorie per l'attuazione di diverse finalità di politico-criminali, che coincidono con le finalità della pena. Spetterebbe perciò al potere legislativo indicare chiaramente le finalità che si vogliono raggiungere, senza lasciare al potere giudiziario il pericoloso compito di supplenza¹⁷⁹. Pertanto, in via generale, se il legislatore assegna alla recidiva la natura, di circostanza aggravante in senso tecnico, è chiaro che la *ratio* dell'istituto sarà secondo l'interpretazione prevalente, una *ratio* di prevenzione generale.¹⁸⁰

3.4 Il limite al bilanciamento della pena di cui all'art 69 c.p.

Con la riforma del 205 si è voluto arginare il potere discrezionale concesso al giudice nella commisurazione della pena, attraverso, l'individuazione di limite al bilanciamento delle circostanze nei confronti dei recidivi reiterati, considerati nel «divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti» (art 69, comma 4, c.p.)¹⁸¹. A tale proposito, alla luce delle interpretazioni normative fornite dalla Corte costituzionale, può ribadirsi che il divieto di prevalenza delle attenuanti non opera automaticamente a carico della recidiva reiterata ex art 99, comma 4, c.p. che il giudice deve sempre valutare in concreto la necessità di applicare la recidiva,

¹⁷⁹ ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza*, cit., 241-245.

¹⁸⁰ DONINI G., *Il principi di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, INSOLERA G.-MAZZACUVA N.-PAVARINI M.-ZANOTTI M. (a cura di), vol. I, Torino, 2006, 258 ss., il quale afferma che «è innegabile che siano state anche ragioni di prevenzione generale a consigliare la previsione di pena per gli autori più "determinati" a delinquere, così come quelle medesime ragioni hanno condizionato la di incriminare un fatto con una certa pena edittale, che andrà poi concretamente applicata nell'osservanza anche di quelle finalità».

¹⁸¹ ART 69 c.p. dispone che:

1) «Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

2) Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tiene conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

3) Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

4) 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».

tenuto conto della pericolosità dell'autore della condotta delittuosa e della natura di quest'ultima¹⁸².

Il giudice dovrà computare, infatti, la recidiva sulla pena base e in caso di circostanze attenuanti non potrà ritenerle prevalente, e ciò anche se si tratti di attenuanti a effetti speciale, che comporterebbe una riduzione della pena in misura superiore ad un terzo, ovvero di attenuanti di tipo oggettivo, relative al minore disvalore del fatto. A dimostrazione di quanto detto, si sottolinea che il legislatore ha voluto precludere solo che venga effettuato un giudizio di prevalenza di eventuali attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata, se riconosciuta espressamente, non pronunciandosi invece in merito alla possibilità di effettuare un giudizio di equivalenza fra le stesse. In ogni caso, il giudice può sempre. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 5, valutare di non applicare la recidiva e procedere alla riduzione della pena base per le attenuanti, scendendo così al di sotto dei limiti edittali.

La recidiva partecipa, quindi al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* salvo il divieto per il giudice, in caso di recidiva reiterata, di dichiarare la prevalenza delle concorrenti circostanze attenuanti. Dunque, la recidiva, al pari di ogni circostanza inerente alla persona del colpevole, in caso di concorso con altre circostanze aggravanti e/o attenuanti, comporta l'operatività delle regole stabilite dall'art. 69 c.p., come espressamente stabilito dal comma 4 dello stesso articolo. Va, peraltro, subito messo in rilievo che, secondo la giurisprudenza, il carattere obbligatorio della recidiva nell'ipotesi di cui all'art. 99, comma 5, c.p. non la esclude per ciò solo dal giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.; con la conseguenza che (fatto salvo, il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata obbligatoria) è ben

¹⁸² Cfr. V. per tutte Cass., Sez. V, 30 gennaio 2009, n. 13658, in www.iusexplorer.it, *Maggiani*, : “Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p., opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.”; Cass., Sez. V, 15 maggio 2009, n. 22871, in www.iusexplorer.it, *Held*: “La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa - salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) - con la conseguenza che, allorquando il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p. Ne deriva che, nel caso in cui la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, il giudice procede al giudizio di bilanciamento, a norma dell'art. 69, co. 4, c.p., come modificato dalla L. n. 251 del 2005, solo ove ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede”.

possibile che il giudice, pur avendo riconosciuto la recidiva - conformemente quanto gli è imposto dall'art. 99, comma 5, c.p. - non applichi il relativo aumento di pena, considerando equivalenti o prevalenti le concorrenti circostanze attenuanti.¹⁸³

Tenuta ferma, dunque, la partecipazione della recidiva, in tutte le sue forme, al giudizio di comparazione delle circostanze, il legislatore del 2005 ha però attribuito alla recidiva reiterata *ex art. 99, comma 4, c.p.* una particolare "resistenza" nell'ambito di quel giudizio: la recidiva reiterata può essere considerata prevalente o al più equivalente rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, ma non può in nessun caso risultare soccombente *ex art. 69, comma 4, c.p.*

La deroga prevista dal quarto comma introduce così una parziale predeterminazione legale dell'esito del giudizio di bilanciamento; predeterminazione solo parziale perché, come detto, non vieta al giudice di dichiarare - oltre alla subvalenza delle attenuanti - l'equivalenza tra le circostanze in concorso di segno opposto. Tale "parziale" limitazione automatica per le ipotesi di recidiva reiterata ha sollevato, sin da subito, alcuni dubbi circa la legittimità costituzionale della disposizione in commento. Tuttavia, la Corte costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 192 del 2007, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate con riferimento alla nuova formulazione dell'art. 69 c.p. in relazione al bilanciamento tra le circostanze attenuanti e la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. La *ratio* della norma si coglie nella necessità di dare chiarezza alle situazioni in cui si viene a creare un concorso tra circostanze. Il legislatore, in questo caso, ha operato una scelta a favore del potere discrezionale del giudice, il quale è chiamato ad operare un giudizio

¹⁸³ Cass. pen., 15 aprile 2008, n. 17313, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 2919 vedasi anche, v. Cfr. Corte cost. 7 - 24 aprile 2020, n. 73, in www.iusexplorer.it; ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del Codice penale, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen." Cfr. Corte cost., 25 febbraio - 31 marzo 2021, n. 55, in www.iusexplorer.it, ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del Codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al Codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma c.p." Cfr. Corte cost. 26 maggio - 8 luglio 2021, n. 143, in www.iusexplorer.it, ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del Codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al Codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità - introdotta con sentenza n. 68 del 2012 di questa Corte, in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 cod. pen.- sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c. p."

di bilanciamento, diversamente da quanto previsto in precedenza dal Codice Zanardelli, il quale aveva optato per una soluzione “meccanica” del problema, prevedendo che alla pena-base venissero riportati singolarmente tanti aumenti o tante diminuzioni di pena per quante fossero le circostanze aggravanti o attenuanti ricorrenti, senza procedere ad alcun bilanciamento tra di esse. La ragione di tale scelta è ravvisabile nella considerazione

che il bilanciamento consente un giudizio complessivo ed ampio sulla personalità del reo e sulla gravità del reato.

3.5 Le ipotesi di recidiva e i relativi aumenti della pena

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 un’“indifferenza” della volontà legislativa rispetto al valore del contenuto delle fattispecie meno gravi. 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 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 condanna.¹⁸⁴

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

¹⁸⁴ BERTONI R., *La riforma penale del 1974*, cit., 1402, L’Autore adduce l’esempio per cui alla nuova condanna consegua una pena detentiva: 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.

delle sanzioni. La disciplina della recidiva semplice al primo comma resta invariata rispetto al testo originario del Codice Rocco anche per quanto riguarda l'aumento della pena, che può essere applicato fino ad un sesto della pena, e conserva il carattere di perpetuità già affermato dalla legislazione precedente. Oggetto della precedente condanna o del secondo reato può essere indifferentemente un delitto o una contravvenzione. Si rivela indispensabile, ai fini della recidiva, che il reato ulteriore sia commesso dopo la sentenza divenuta irrevocabile e non è sufficiente che il reato giunga a consumazione prima di tale momento.¹⁸⁵

b) Le forme di recidiva aggravata

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 indicate, 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 aggravate¹⁸⁶.

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.

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

¹⁸⁵ MAZZA L., voce *Recidiva*, in *Enc dir.* vol. XXXIX, Milano, 1988, 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.

¹⁸⁶ AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, cit., 114.

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 legge,¹⁸⁷dall'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 comuni. L'omogeneità può essere desunta, quindi, dall'elemento oggettivo della natura dei fatti che costituiscono gli illeciti ovvero dall'elemento soggettivo rappresentato dai motivi del reato, ma indubitabilmente 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 astratto.¹⁸⁸

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. 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

¹⁸⁷ FIANDACCA G.M. – MUSCO F., *Diritto Penale*, cit., 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".

¹⁸⁸ AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, cit., 117.

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 ancorarsi alla "valutazione che della natura di quei fatti e di quei motivi fa la coscienza sociale".¹⁸⁹

La seconda figura aggravata prevista dall'art. 99 c.p. consiste nella recidiva "infraquennale": l'elemento dello scorrere del tempo 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 sottolineava la relazione che intercorre tra il ricordo di una condanna e la durata del tempo della sua efficacia sul piano della giustificazione della severità della pena.

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»;¹⁹⁰ risulta così pienamente ragionevole l'omissione della 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., che prevede tre ipotesi di recidiva collegata all'esecuzione della pena.

La prima figura concerne l'ipotesi in cui il soggetto già condannato ricada 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 alternative e alle condanne a pena pecuniaria. Non si configura invece la circostanza in esame in caso di esecuzione di

¹⁸⁹ MAZZA L., voce *Recidiva*, cit., 95.

¹⁹⁰ LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, cit., 151.

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. Infine, si tiene conto, ai fini di questa ipotesi di recidiva aggravata, dei casi in cui il nuovo reato è commesso dal latitante o evaso, nelle situazioni in cui il reo si sottrae deliberatamente all'esecuzione della pena, mostrando pertanto una più grave ribellione alla legge.

c) Il concorso di più circostanze fra quelle di cui all'art 99, comma 3, c.p.

Il comma terzo dell'art. 99 c.p., che prevede la disciplina dell'ipotesi 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. L'abolizione del minimo di pena non comporta la svalutazione della gravità della ribellione alla legge penale in caso di contemporanea presenza di più circostanze aggravanti, 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 ad opera della legge.

d) La recidiva reiterata

Rispetto alla recidiva reiterata, prevista al quarto comma dell'art 99 c.p. è possibile notare che ne sono rimaste le caratteristiche strutturali, dato 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 a ipotesi previsti ai numeri 1, 2, e 3 del secondo comma. L'aumento della pena per la recidiva reiterata semplice resta inalterato ed è pari alla metà diversamente dalle ipotesi per le quali l'aumento è di due terzi. In caso di recidiva reiterata si assiste ad un duplice monito dell'ordinamento: da un lato, nella prima condanna e, dall'altro, nella precedente dichiarazione di recidiva: l'aggravamento della pena si giustifica così per il duplice rifiuto del reo di conformarsi alla legge penale.

Alla luce della riforma del 1974, non è più possibile ritenere che la recidiva sia una condiziona che consegue automaticamente alla verifica dell'esistenza di una precedente condanna riportato nel casellario giudiziario, a prescindere dall'analisi concreta della precedente condanna, occorrendo un accertamento in concreto del giudice per dichiarare la recidiva. Si evidenzia, infine, che in assenza di una sentenza irrevocabile, il giudice non è legittimato a dichiarare la recidiva reiterata.

e) Il limite all'aumento della pena

All'ultimo comma dell'art. 99 c.p. la riforma del 1974 ha introdotto 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 contemplato dal Codice Zanardelli al comma 3 dell'art 80, con l'intento di mitigare l'aggravamento della pena fissando un tetto non superabile.

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 gravità.¹⁹¹

Altri hanno invece differenziato il diverso ruolo con cui la disposizione era stata introdotta nel Codice Zanardelli rispetto a quello della riforma.

Il limite introdotto all'ultimo comma dell'articolo vale per tutti i limiti 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 un'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 nuovoillecito, sulla base di un «reciproco rapporto di gravità»¹⁹²

¹⁹¹ PITTARO P., voce *Recidiva*, in *D. disc. pen.* vol. XI, Torino, 1996, 363.

¹⁹² DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 100, l'Autore dice «con il crescere della possibilità di aumentare la pena decresce la possibilità in concreto di applicare la sanzione per effetto della recidiva che sia svincolato dalla misura della pena inflitta con le precedenti condanne, quanto più queste siano meo gravi»

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 su 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 sul disvalore che traspare dalle precedenti condanne, come elemento strutturale della recidiva, e conferma che, nella materia in questione, il legislatore ha posto l'attenzione sul "rapporto" concreto tra fatti già coperti da giudicato e fatti ancora da sottoporre al giudizio.¹⁹³ Al soggetto che ricade nel reato si rimprovera uno specifico grado di recidiva che trae la propria misura dalla condanna precedente: il sistema, perciò, 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».

f) Ulteriori conseguenze giuridiche della recidiva

Già dalla disciplina predisposta dal Codice Zanardelli la dichiarazione della recidiva produceva altre conseguenze giuridiche dette indirette.

Alcuni problemi sono sorti in relazione all'istituto dell'amnistia. Il Codice penale prevedeva all'art 151, ult. comma, c.p. che l'amnistia non si applicasse ai delinquenti abituali, o professionali o per tendenza, salvo che il provvedimento disponesse diversamente escludendo quindi l'applicazione dell'istituto ai casi più gravi di recidiva. Il Codice penale non contemplava previsioni che fissassero limitazioni rapportate alla gravità del reato ai fini dell'applicazione dell'amnistia, in quanto provvedimento di clemenza. Tuttavia, la dottrina riteneva che la recidiva, in quanto circostanza aggravante, fosse in grado di avere effetti sull'amnistia. La situazione è cambiata con la riforma del 1974. E ad oggi la recidiva, se aggrava o reiterata impedisce l'applicazione dell'*amnistia*.

Una altra problematica è sorta in relazione all'esecuzione della pena: la legge del 26 luglio 1975 n. 354, sull'ordinamento penitenziario tiene conto della esecuzione

¹⁹³ DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 104, v. MAZZA L., voce *Recidiva*, cit., 107.

della pena al fine di stabilire un aggravamento per lo svolgimento delle attività previste per la “rieducazione” o per la concessione di alcuni benefici. Così per quanto riguarda i “*permessi premio*,” l’ordinamento penitenziario prevede che, nei «confronti dei soggetti che durante l’espiazione della pena hanno riportato condanna o sono imputati per delitti dolosi commessi durante l’esecuzione 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. Quindi più che trattarsi di un aumento dei termini per usufruire del beneficio, il rinvio di due anni costituisce un diverso modo per determinare il limite di applicazione dell’istituto.¹⁹⁴

In conclusione, la riforma dell’art 99 c.p. ha comportato un’attenuazione del rigore previsto nel Codice del 1930 sia sul profilo sanzionatorio, sia attraverso la possibilità di operare il giudizio di bilanciamento tra le circostanze. Tuttavia, nessuna delle singole disposizioni ha risolto le questioni relative al fondamento e alla natura della recidiva.

¹⁹⁴ TORREBRUNO G., *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Roma, 1989, 51.

CAPITOLO II

LA NORMATIVA ATTUALE DELLA RECIDIVA: LA LEGGE 5 DICEMBRE 2005, N. 251 (EX CIRIELLO)

1 La nuova configurazione della recidiva dopo la novella del 2005

Frutto di un clima che risente delle politiche populiste e securitarie ispirate alla cosiddetta “tolleranza zero”, la nuova disciplina non solo ripropone gli automatismi in risposta all’ampia discrezionalità attribuita al giudice nel 1974, ma potenzia ulteriormente gli effetti indiretti della recidiva, al fine di irrigidire la flessibilità special-preventiva delle misure alternative introdotto con la riforma dell’ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975 n. 354 e di sopperire alla sostanziale disapplicazione del doppio binario. La chiave di lettura della nuova disciplina va individuata nella rivalutazione della ricaduta nel reato. Nell’insieme, si conferma l’inclinazione a favore di un generale inasprimento della pena a carico dei colpevoli recidivi.

La nuova disciplina del 2005 ha apportato vari vincoli alla discrezionalità giudiziale, per di più limitatamente ai soli recidivi reiterati che rappresentano il “tipo di autore” preso di mira dalla riforma. Le innovazioni introdotte dalla novella hanno inciso soprattutto sull’ambito applicativo della recidiva, ora limitato ai soli “*delitti non colposi*”, ovvero dolosi o preterintenzionali, e sugli effetti prodotti sul piano sanzionatorio. In sede di commisurazione della pena si prosegue nello scopo di ridurre i margini di discrezionalità giudiziale, blindando il bilanciamento nel senso della non prevalenza delle circostanze attenuanti (*ex art 69, comma 4, c.p.*) e restringendo l’ambito applicativo delle generiche *ex art 69 comma 2 c.p.*

Ma soprattutto, oltre a incidere sui tempi della prescrizione e sull’interruzione del suo decorso (*art 157 comma ,2 e 161 comma 2, c.p.*) e a precludere l’accesso ai

benefici penitenziari, la vera novità è offerta da alcuni effetti indiretti che si producono rispetto alla recidiva reiterata in sede di esecuzione¹⁹⁵.

Sotto il profilo formale, la nuova disciplina *ex art 99 c.p.* ha lasciato invariato la fisionomia dei primi quattro commi che disciplinano le varie ipotesi di recidiva, ed è stato aggiunto *ex novo* il quinto comma (recidiva obbligatoria)¹⁹⁶. Tuttavia, a queste scelte sono state rivolte critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza, essendo stato rilevato che «per effetto della riforma, la recidiva non interessa più né i delitti dolosi, né le contravvenzioni».¹⁹⁷

Nello stesso ordine di idee, la mancata soggezione alla recidiva dei reati diversi dai “*delitti non colposi*” è stata giudicata come un «privilegio accordata ad una categoria, dato che nessuna ragione autorizza a ritenere sempre irrilevante la recidiva nelle contravvenzioni e nei delitti»¹⁹⁸. Sulla scia di tali rilievi, è stato sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art 4 l. n. 251 del 2005, nella parte in cui limita gli aumenti di pena per la recidiva ai “*delitti non colposi*”, sotto il profilo del parametro della irragionevolezza *ex art 3 Cost.*¹⁹⁹

L’impatto del trattamento sanzionatorio più severo immaginato dalla legge *ex Cirielli* in materia di recidiva emerge in primo luogo dall’art 4²⁰⁰ che riscrive in

¹⁹⁵ In particolare, al recidivo reiterato si vieta di concedere per più di una volta le misure alternative dell’affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà e si stabiliscono requisiti più gravosi o preclusioni per l’ottenimento dei permessi premio, della detenzione domiciliare e della semilibertà.

¹⁹⁶ L’art.99 c.p. prevede tre diverse ipotesi di recidiva :

1) semplice (art.99 co.1 c.p.) : che si verifica quando il soggetto , dopo aver riportato una condanna per un delitto non colposo , ne commette un altro , di qualsiasi specie e gravità , a oltre cinque anni dalla condanna precedente;

2) aggravata (art.99 co.2 – 3 c.p.) configurabile in tre differenti ipotesi : quando il delitto non colposo commesso è della « stessa indole » rispetto a quello compiuto in precedenza (recidiva specifica) ; quando viene commesso entro cinque anni dalla condanna precedente (recidiva infraquinquennale) ; quando viene commesso durante o dopo l’esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena;

3) reiterata (art.99 co.4 c.p.) : quando il soggetto , già recidivo , commette un nuovo delitto non colposo. In base all’indole della nuova fattispecie di delitto , si diversifica poi in recidiva reiterata semplice o aggravata.⁸

È possibile definire anche , in altri termini , i commi 2 , 3 , 4 dell’art.99 c.p. come casi di recidiva « qualificata » , cioè con natura di circostanza ad effetto speciale (art.63 co.3 c.p.) con conseguente aumento della pena superiore ad un terzo.

¹⁹⁷ DOLCINI G., *Le due anime della legge ex Cirielli*, in *Corr. merito*, Padova, 2005, 55.

¹⁹⁸ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizione che introduce disparità inaccettabile*, in *Guida Dir.* 2006, 1, 33.

¹⁹⁹ Corte cost. 8 maggio 2007, n. 14, in www.iusexplorer.it

²⁰⁰ 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;

maniera profonda il contenuto dell'art. 99 del Codice penale. La "nuova "recidiva, delineata dal legislatore del 2005, infatti, non è solo *generica*²⁰¹, ma è anche *perpetua* (offrendo già un segnale sul suo fondamento). La combinazione tra genericità e perpetuità porta con sé un evidente carattere di prognostico e prospettico, più legato alla personalità dell'autore e alle sue inclinazioni comportamentali, piuttosto che alla «colpevolezza per la specifica condotta»²⁰². I caratteri della genericità e della perpetuità sono basati sulla considerazione che il significato della ricaduta nel reato, come sintomo di maggiore capacità criminale, può emergere anche se si tratta di episodi remoti nel tempo ed eterogenei²⁰³.

La novella del 2005 ha dunque optato per una politica criminale marcatamente preventiva, di segno negativo, con lo scopo di soddisfare le pressanti richieste di sicurezza collettiva, incentrata soprattutto sulla "lotta" alla delinquenza recidiva ritenuta più pericolosa²⁰⁴.

1.1 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 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,

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».

²⁰¹ In tale senso AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 147, che conferma una tesi condivisa anche in passato da CALVI A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, 596,

²⁰² Cfr. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 264.

²⁰³ ROCCHI F., *Recidiva tra colpevolezza*, cit., 254-255.

²⁰⁴ Cfr. PAVARINI M., *Processi di ri-carcerizzazione e nuove teorie giustificative della pena*, in *Rass. pen. Crim.*, 2000, 95 ss.

il quale deve preventivamente stabilire se siano ravvisabili presupposti formali e sostanziali dell'aggravante.

1.2 Le ipotesi di recidiva aggravata e pluriaggravata

Il comma secondo dell'art 99 c.p. prevede le ipotesi di recidiva aggravata secondo la consueta articolazione: di recidiva aggravata specifica, quando il nuovo delitto non colposo commesso dal reo sia “della stessa indole”²⁰⁵ di quello per cui è intervenuta la condanna definitiva; di recidiva infraquinquennale, nel caso in cui il nuovo delitto sia stato commesso entro cinque anni dalla condanna precedente, e infine nel caso 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 fino a un terzo è sostituito dalla previsione di un aumento, pur sempre, fino alla metà. 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 disporre l'aumento fino alla metà della pena.

Rispetto alla recidiva aggravata specifica si è posto il problema di interpretazione dell'espressione “delitti della stessa indole”,²⁰⁶ posto che ai sensi dell'art 101 c.p. sono tali non soltanto quelli che violano una medesima disposizione di legge, ma anche quelli che per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinano presentano caratteri fondamentali “comuni”. Rispetto a questa ipotesi si può distinguere tra interpretazione oggettiva, che attribuisce rilevanza alle

²⁰⁵ Il riferimento è all'art 101 c.p. la cui nazione presenta delle incertezze su cui solo in parte è intervenuta la riforma del 2005 che ha ristretto la recidiva ai soli delitti non colposi in BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 1139; si conclude “Attualmente, dunque, si tratta di accertare la stessa indole fra delitti non colposi, che violano disposizioni diverse del Codice, secondo un giudizio concreto, lasciato alla discrezionalità del giudice, sulla base di uno o più caratteri comuni”.

²⁰⁶ V per tutti BERTONI R., *La riforma penale 1974*, cit., 160 ss.

modalità esecutive e ai risultati offensivi, e una interpretazione soggettiva, che invece dà rilevanza ai moventi e agli scopi del soggetto. La prima interpretazione risponde a una *ratio* di maggiore colpevolezza, mentre l'interpretazione soggettiva è ancorata a una logica di maggiore pericolosità. L'art. 101 c.p. 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.²⁰⁷

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 motivata²⁰⁸. È quindi doverosa una specifica indagine rimessa alla valutazione discrezionale del giudice e non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata. È stato osservato che questa particolare ipotesi di recidiva aggravata costituirebbe una sorta di compromesso tra la nozione di recidiva a tempo indeterminato accolta dal Codice penale e 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."

Notasi che la nuova disciplina lascia 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. Nonostante si sia 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

²⁰⁷ In BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 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».

²⁰⁸ Il riferimento corre alla sentenza Cass. Sez. III, 16 dicembre 2010, n. 11954, in www.iusexplorer.it "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 realizzati 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".

l'esigenza di identificare in via ermeneutica un limite minimo,²⁰⁹ 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 previste.²¹⁰

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, presuppongono²¹¹ 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 irrazionalità.²¹²

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*".²¹³

1.3 La recidiva reiterata

Fra le ipotesi di recidiva, quella che ha risentito di più della riforma del 2005 è stata la recidiva reiterata (art 99 comma 4 c.p.), che, di conseguenza, continua a

²⁰⁹ Cfr. PADOVANI T., *Commento all'art 4, della legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Legisl. pen.* 2006, 449 ss.: "una recidiva aggravata infraquinquennale 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".

²¹⁰ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. proc. pen. cit.*, 181 ss.

²¹¹ ROMANELLI A., *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1968, I, c. 225.

²¹² Cass. Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1861 in *www.iusexplorer.it* "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".

²¹³ PADOVANI T., *Commento all'art. 4*, cit. 450.

rappresentare oggetto di rilevanti problemi ermeneutici, di matrice politico-ideologica. Il diverso trattamento punitivo riservato al recidivo reiterato rispetto al reo primario deriva dall'individuazione di un regime differenziato, sia sostanziale che processuale, che modifica *in peius* la posizione del plurirecidivo rispetto a quella di coloro che ad altro titolo ricadono nel reato. Ciò si manifesta, attraverso il contenimento della discrezionalità giudiziaria nella commisurazione della pena e la limitazione all'accesso a molti dei benefici premiali contemplati dall'ordinamento, dando vita a una sorta di presunzione di immeritevolezza da parte del recidivo reiterato.

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. Per questo ipotesi di recidiva si ribadisce la sua applicazione discrezionale.

Il principale problema che si pone è se, ai fini della sua sussistenza, il soggetto debba essere stato dichiarato recidivo (semplice) nella sentenza di condanna. La maggioranza della giurisprudenza si è espressa in senso negativo.²¹⁴ In particolare, con riferimento a tale specifica ipotesi di recidiva sono stati sollevati dubbi dalla dottrina in merito a una sua ipotetica natura obbligatoria. La dottrina sostiene che sarebbe un paradosso se «da una recidiva esclusa dal giudice possa scaturire una contestazione di recidiva reiterata».²¹⁵

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»²¹⁶ Al recidivo reiterato in uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2,

²¹⁴ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit., 304 esprime dubbi sull'orientamento della giurisprudenza. vedasi Cass. pen., Sez.1, 27 maggio 2010, n.35738, cit., 2102. Cass. pen., 7 maggio 2010, n. 18701, in *Mass Ced*, n. 247089, Cass.25 settembre 2008, n. 41288, in www.iusexplorer.it

²¹⁵ PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, cit. 304 ss., nonché BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Le innovazioni al sistema penale* GIUNTA F., (a cura di), Milano 2006, 37 ss. Esprime dubbi sull'orientamento della giurisprudenza.

²¹⁶ BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 1142.

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 delinquere e al recidivo reiterato in quanto tale è riservata una disciplina restrittiva nel giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, dal momento che è sancito il divieto di prevalenza di eventuali attenuanti.

Proprio con riferimento alle conseguenze accessorie, in passato, 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 previsioni.²¹⁷

Inoltre, il recidivo reiterato subisce notevoli discriminazioni anche rispetto 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 rispondere al modello retributivo, in quanto il trattamento severo sarebbe giustificato dalla manifestazione di un grado di colpevolezza più intenso dal momento che il recidivo reiterato risulta insensibile al monito della legge.

Sul punto si osserva il contrasto tra la dottrina e la giurisprudenza, la quale è orientata nel senso di ritenere che sia necessario che il precedente stato di recidiva formi oggetto di un'apposita dichiarazione giudiziale. Secondo un'interpretazione costante della Corte di Cassazione, la recidiva reiterata è infatti configurabile anche

²¹⁷ Corte cost. 13 dicembre 2004, n. 421 in www.iusexplorer.it. 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 Corte Cost. 18 luglio 1980, n. 133 e Corte Cost 11 maggio 1971, n. 100, in www.iusexplorer.it, ("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"). In tale senso vedasi anche DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 545, secondo cui con questa riforma legislativa, lo stato trasmette un «messaggio che predica indulgenza nei confronti dei potenti e mano inflessibile nei confronti dei deboli»

nel caso in cui il reo sia stato condannato più volte con sentenza irrevocabile senza che la recidiva semplice sia stata dichiarata dal giudice.²¹⁸

La dottrina è invece contraria a questa impostazione a fronte dell'introduzione della facoltatività della dichiarazione della recidiva introdotta con la riforma del 1974, sostenendo che la precedente dichiarazione di recidiva rappresenta un necessario presupposto formale della recidiva reiterata.²¹⁹ Ci preme sottolineare che la materia del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato e dei limiti al giudizio *ex art. 69*, comma 4, c.p. è stato oggetto di interventi della Corte costituzionale che ne hanno mutato la disciplina.

In effetti l'ipotesi della recidiva reiterata ha sollevato dubbi in dottrina e giurisprudenza in relazione al suo carattere di contenimento della discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena e alla limitazione all'accesso a molti benefici previsti dall'ordinamento nei confronti del recidivo. E proprio con riferimento alle conseguenze indirette, che la Corte costituzionale ha molte volte respinto le eccezioni di illegittimità sollevata in merito alla diversità di trattamento riservato alla recidiva.

La questione problematica era sorta in relazione al contrasto circa l'ampiezza della discrezionalità riservato al giudice nel dichiarare o non la recidiva nei casi della recidiva pluriaggravata e della recidiva reiterata. Se infatti nelle ipotesi di recidiva semplice e di quella aggravata il regime fondato sulla facoltatività è rimasto immutato, con riguardo alle ipotesi del comma 3 e 4 dell'art 99 c.p. i dubbi sulla formulazione della norma ha portato la dottrina a interpretare l'intenzione del legislatore nell'ottica di rendere obbligatorie le due ipotesi. Il dubbio è emerso in seguito alla sostituzione della formula verbale "può essere" con "è" riferito all'aumento della pena, ponendo il dilemma se il legislatore avesse inteso incidere sull'aumento di pena ovvero anche introdurre il regime di obbligatorietà. Secondo una parte della dottrina, l'argomento letterale ricondurrebbe al regime facoltativo, essendosi mantenuta la formulazione "può essere sottoposto"²²⁰

²¹⁸ In Cass. Pen. Sez. II, 7 maggio n. 1970, in www.iusexplorer.it, "La recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata dal giudice la recidiva semplice".

²¹⁹ ROMANO M.- GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 90.

²²⁰ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 32.

La dottrina prevalente, invece, ha sostenuto la tesi della facoltatività delle ipotesi di recidiva pluriaggravata e di recidiva reiterata, sostenendo che l'interpretazione in chiave facoltativa risulta rispettosa della finalità rieducativa della pena sancita dall'art 27, comma 3, della Costituzione che legittima un diritto penale "del fatto", difficilmente conciliabile con gli automatismi sanzionatori incentrati sulla personalità del reo.

La giurisprudenza si è orientata in questo senso, nell'ottica di salvaguardare un giusto trattamento sanzionatorio, ponendo limite alle gravi conseguenze che deriverebbe dall'accoglimento dell'indirizzo contrario. L'orientamento che riconosce la discrezionalità della recidiva reiterata ha trovato un avallo nella sentenza della Corte costituzione n. 192 del 2007, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate sull'art 69 comma 4, c.p.²²¹, in relazione a diversi principi costituzionali, fornendo una lettura costituzionalmente orientata secondo cui la discrezionalità del giudice rispetto alle due ipotesi di recidiva rimane sussistente rispetto all'*an*, pur non incidendo più sul *quantum* della pena. Con la sua pronuncia la Corte ha dunque risolto il dubbio in merito all'obbligatorietà della recidiva reiterata. Decisiva nel consolidare l'orientamento secondo la quale la recidiva è circostanza facoltativa(discrezionale) nell'*an* e vincolata(obbligatoria) nel *quantum*, è stata la sentenza della Cassazione 15 maggio 2009, n. 22871, che ha riconosciuto la natura facoltativa della recidiva reiterata come l'unica possibile in relazione ai principi costituzionali 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 e sulla pena conseguente, in quanto l'individuazione e l'applicazione della circostanza devono seguire un medesimo binario e che la facoltatività della recidiva comporta un accertamento in concreto della pericolosità del soggetto»²²².

²²¹ Corte cost. 5 giugno 2007, 192., in www.iusexplore.it, a commento della decisione si rinvia a BERNASCONI C., *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 1861.

²²² Cfr. Cass., pen. Sez. V, 15 maggio 2009, n. 22871, in www.iusexplorer.it, "La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa - salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) - con la conseguenza che, allorché il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p. (...)". Quanto agli argomenti a favore della natura facoltativa

L'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2009 rappresenta, quindi, il momento di stabilizzazione degli orientamenti creati in giurisprudenza circa la natura della recidiva reiterata²²³. 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. Questa soluzione appare conforme ai principi costituzionali, ma è anche aderente al testo della legge agli occhi dei giudici. Il giudice è dunque tenuto, per poter dichiarare la recidiva reiterata, a verificare in concreto l'effettivo valore sintomatico della reiterazione dell'illecito tenendo conto 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'occasionalità della recidiva e di ogni altro possibile parametro di individuazione della personalità del reo e del grado di colpevolezza. Infine, la Cassazione ha chiarito che, ai fini dell'operatività delle conseguenze pregiudizievoli che derivano dall'applicazione della recidiva reiterata, è sufficiente che essa sia ritualmente contestata dal Pubblico ministero, nel rispetto del principio del contraddittorio.

della recidiva, si possono richiamare quelli indicati nella sentenza Cass. pen. Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750, in www.iusexplorer.it, che tra le prime ebbe a prospettare tale interpretazione; essi sono:

a) il carattere non autonomo, ma derivato delle due tipologie di recidiva di cui all'art. 99, co. 3 e 4, c.p., le quali presuppongono l'accertamento della recidiva semplice – sicuramente facoltativa - e ne costituiscono ipotesi specifiche, che da essa si differenziano solo per la diversità degli aumenti di pena;

b) la locuzione usata nell'art. 81, co. 4, c.p. introdotto dalla l. n. 251/2005 ("soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, co. 4"), che evidenzia come la recidiva reiterata debba essere innanzitutto riconosciuta sussistente, per cui viene richiamato il potere discrezionale del giudice, tipico del facoltativo aumento per la recidiva, in quanto altrimenti, ove la recidiva fosse obbligatoria anche nell'an nei casi di cui all'art. 99, co. 4, c.p., non avrebbe senso richiedere che la stessa sia "applicata", cioè riconosciuta;

c) la locuzione "ritenute circostanze aggravanti" di cui all'art. 69, co. 4, c.p. comporta sempre un giudizio valutativo in ordine all'applicazione dell'aumento per la recidiva reiterata, che non può quindi essere considerata obbligatoria nell'"an", ma solo nel "*quantum*", individuato in misura fissa a seconda delle differenti ipotesi (reiterata semplice o aggravata). I medesimi argomenti sono ribaditi anche da Cass. pen. Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, in www.iusexplorer.it

²²³ V. per tutte Cass., Sez. V, 15 maggio 2009, n. 22871 *Held*, in www.iusexplorer.it : "La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa - salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) - con la conseguenza che, allorché il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p. (...)"

1.4 La recidiva obbligatoria ex art 99, comma 5, c.p.

Tra le novità apportate dalla riforma del 2005, quella che si colloca nella prospettiva di maggiore rigore nei confronti del fenomeno della recidiva è la parziale reintroduzione di casi di obbligatorietà delle conseguenze aggravanti previsti da parte del comma 5 dell'art 99 c.p. Un'attenzione particolare merita quindi l'ipotesi di recidiva cosiddetto obbligatoria²²⁴, a cui il legislatore ha sottratto qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice. Il legislatore ha reintrodotta il regime obbligatorio in modo selettivo, facendo leva sul criterio della gravità del reato, anziché della gravità della recidiva²²⁵, guardando all'appartenenza del nuovo delitto all'elenco di cui all'art. 407, co. 2, lett. a. c.p.p.²²⁶.

Anzitutto risulta problematica l'individuazione della situazione tipica che comporta l'applicazione di detta aggravante. Da un lato, si può ritenere che si tratti di una forma speciale di recidiva reiterata, relativa all'ipotesi in cui il nuovo delitto rientra tra quelli previsti dall'art 407, comma 2, lett. a) c.p.p. sia commesso da chi

²²⁴ Sulla recidiva obbligatoria v. Cass. pen. Sez., IV, 30 giugno 2009, n. 2666, in "www.iusexplorer.it," secondo il testo novellato dell'art. 99, c.p. il giudice è obbligato a riconoscere la recidiva solo se l'imputato recidivo commette uno dei delitti elencati nell'art. 407 co. 2, lett. a) c.p.p."; Cass., pen., Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243, in *www.iusexplorer.it*, "Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p. opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p."; Cass. pen. Sez., I, 15 aprile 2008, n. 17313, in *www.iusexplorer.it*, "Anche quando, per la tipologia del reato ascritto, l'aumento di pena per la recidiva sia obbligatoria ai sensi dell'art. 99, comma quinto, c.p., non sussiste, in presenza di attenuanti, il divieto del giudizio di bilanciamento tra queste ultime e la recidiva, essendo precluso solo quello di prevalenza delle prime sulla seconda. Ne consegue che è viziata da illegittimità la sentenza che, nel determinare la pena da infliggere, dapprima proceda all'aumento per la recidiva e successivamente alla diminuzione per le attenuanti. (Nella specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, provvedendo direttamente al nuovo calcolo della pena finale, a partire dalla pena-base, così come determinata dal giudice di merito)". Per un altro caso di recidiva obbligatoria si veda l'art. 639, co. 3, c.p. introdotto dall'art. 3, co. 3, l. n. 94/2009

²²⁵ Cfr. CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?* in SCALFATI A. (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 72. Gli Autori dei delitti ivi richiamati finiscono per essere sottoposti ad un regime ancora più "speciale" di quello che la legge «ex-Cirielli» riserva al recidivo «comune»; Cfr. DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex-Cirielli"*, cit. 55.

²²⁶ Sulla recidiva obbligatoria v. Cass., Sez. IV, 30 giugno 2009, n. 2666, in *www.iusexplorer.it* : "Secondo il testo novellato dell'art. 99, c.p. il giudice è obbligato a riconoscere la recidiva solo se l'imputato recidivo commette uno dei delitti elencati nell'art. 407 co. 2, lett. a) c.p.p."; Cass., Sez. II, 05 dicembre 2007, n. 46243, in *www.iusexplorer.it*, *Cavazza*, "Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p. opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p."; Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 17313, in *www.iusexplorer.it*, *Giglio*, : "Anche quando, per la tipologia del reato ascritto, l'aumento di pena per la recidiva sia obbligatoria ai sensi dell'art. 99, comma quinto, c.p., non sussiste, in presenza di attenuanti, il divieto del giudizio di bilanciamento tra queste ultime e la recidiva, essendo precluso solo quello di prevalenza delle prime sulla seconda. Ne consegue che è viziata da illegittimità la sentenza che, nel determinare la pena da infliggere, dapprima proceda all'aumento per la recidiva e successivamente alla diminuzione per le attenuanti. (Nella specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, provvedendo direttamente al nuovo calcolo della pena finale, a partire dalla pena-base, così come determinata dal giudice di merito)".

è già stato dichiarato recidivo.²²⁷Dall'altro lato, l'art 99 comma 5, può essere riferito a ciascuna delle ipotesi previste dai commi precedenti.

In secondo luogo, risulta oscura la *ratio* in base alla quale i delitti che danno luogo all'aumento obbligatorio sono individuati in modo arbitrario, mediante rinvio a una norma di diritto processuale tesa a consentire una maggiore durata delle indagini preliminari. Il richiamo all'elenco dei delitti contemplati nel Codice di rito ha sollevato dubbi e pareri critici., in primo luogo perché il ricorso alla tecnica del rinvio complica l'opera dei giudici e introduce nell'ordinamento degli aspetti contrari ai requisiti di chiarezza della norma penale richiesta dalla Costituzione.

La dottrina si è interrogata a lungo sulla *ratio* in base alla quale il legislatore ha stabilito il catalogo dei delitti cui si rinvia, trattandosi di una selezione piuttosto eterogenea di reati rispetto ai quali è possibile prevedere una maggiore complessità delle indagini preliminari. La riforma del 2005 viene a creare invero una disciplina differenziata per un istituto di diritto sostanziale, sulla base di una ritenuta gravità dei delitti catalogati.²²⁸In dottrina si rimprovera al legislatore di non aver collegato il regime d'obbligatorietà della recidiva alla pena edittale prevista per il reato in questione.

Nel progetto della legge di riforma del 2005, la disposizione si giustificava 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 un più ristretto cerchia di delitti riconducibili alla criminalità organizzata, il legislatore ha poi allargato il catalogo per fronteggiare nuove emergenze criminali e la norma ha finito per ricomprendere fattispecie criminose eterogenee, così alimentando la criticità dell'istituto della recidiva.²²⁹

Per quanto riguarda l'ambito applicativo della recidiva obbligatoria si è posta una questione interpretativa intorno al quesito se il delitto, che deve essere ricompreso nella categoria fosse quello oggetto della precedente condanna o quello nuovo oppure entrambi. La Corte costituzionale aveva in un primo tempo rilevato

²²⁷ Così; Cass, pen., 11 giugno 2009, n. 27599, in *Mass. Ced*, 2009.

²²⁸ PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Giuda dir.*, 2006 Dossier 1, 62.

²²⁹ 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., 182; DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., 533.

l'esistenza di questo problema argomentativo senza però risolverlo²³⁰. L'orientamento della Corte costituzionale è quello secondo cui, per l'integrazione del regime obbligatorio della recidiva, è necessario che sia il nuovo reato a dover rientrare tra quelli indicati all'art 407 c.p.p., non rilevando la precedente condanna. Sulla questione si è espressa anche la Cassazione che ha sottolineato che l'art 99, comma 5, c.p. è applicabile a tutte le forme di recidiva²³¹.

Per quanto riguarda gli aumenti obbligatori, la Corte costituzionale ha ritenuto che tale disciplina sia legittima con la sua ordinanza 4 aprile 2008, n. 90, affermando che, al fine di non erogare una pena sproporzionata, il giudice può compensare la fissità dell'aumento per la recidiva in sede di commisurazione in senso stretto.²³² Inoltre, si è osservato che tale ipotesi di recidiva obbligatoria, considerando il suo carattere obbligatorio nell'*an* e vincolante nel *quantum* e basandosi su una presunzione legale di incremento della capacità criminale e della pericolosità del reo, si porrebbe in contrasto con il principio della proporzionalità sancito dalla Costituzione all'art 27, comma 3, in relazione alla concreta gravità del fatto e alla personalità dell'imputato, con conseguenti rischi di applicazione di pene eccessivamente severe e lontane dalla funzione rieducativa.

Considerando che la figura di recidiva obbligatoria comprime gli spazi di discrezionalità del giudice, la corte di Cassazione e la Corte costituzionale sono intervenute al fine di restituire i margini di discrezionalità del giudice, sui

²³⁰ C. Cost., 18 maggio 2009, n. 171, in www.iusexploere.it, “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)”.

²³¹ Cass, Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875, in www.iusexploere.it; v. Cass. Sez. I, 23 settembre 2010, n. 36218; in www.iusexplorer.it; v. Cass. Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243., in iusexplorer.it; “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*”.

²³² BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva* cit., 1144. Cass. Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in www.iusexplorer.it; 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 avrebbe dovuto essere ricompreso nell'elenco di cui all'art. 407 c.p.p.,

meccanismi presuntivi presenti nella norma. In primo luogo, ampliando gli spazi di discrezionalità del giudice, la Corte di Cassazione²³³ ha stabilito che l'unica ipotesi di recidiva obbligatoria presente nell'ordinamento è quella prevista al comma 5 dell'art 99 c.p. 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. Infatti, la Cassazione 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 circostanze attenuanti e la recidiva stessa²³⁴. La Corte ha inoltre osservato che l'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva non comporta una deroga all'art 63, comma 4, c.p.: nel caso in cui essa comporti un aumento superiore ad 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 aumentare²³⁵.

La Corte costituzionale con l'ordinanza di inammissibilità del 29 maggio, n. 171, ha fornito una soluzione volta ad ampliare i margini della discrezionalità del

²³³ Cass pen. Sez., Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in "www.iusexplorer.it".

²³⁴ Sempre secondo la giurisprudenza ormai costante, la limitazione del giudizio di valenza di cui all'art. 69, co. 4, c.p. va intesa nel senso che le circostanze attenuanti - di qualunque tipo esse siano - non possono essere dichiarate prevalenti sulle aggravanti nel caso in cui ricorrono gli estremi della recidiva reiterata *ex art. 99, co. 4 c.p.* (o nel caso in cui ricorrono le aggravanti di cui agli artt. 111 e 112, co. 1, n. 4 c.p.16) o perché il giudice riconosce la recidiva facoltativa, ritenendone sussistenti i presupposti formali e sostanziali, o perché la recidiva è obbligatoria e quindi deve essere dichiarata dal giudice per essere in nuovo delitto ricompreso nella previsione dell'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.: al di fuori di queste ipotesi il giudizio di valenza non è soggetto ad alcuna limitazione. V. per tutte Cass. pen. Sez., V, 30 gennaio 2009, n. 13658, *Maggiani*, in www.iusexplorer.it "Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p., opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p."; Cass. pen. Sez., V, 15 maggio 2009, n. 22871, *Held*, in www.iusexplorer.it "La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa - salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) - con la conseguenza che, allorquando il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p. Ne deriva che, nel caso in cui la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, il giudice procede al giudizio di bilanciamento, a norma dell'art. 69, co. 4, c.p., come modificato dalla L. n. 251 del 2005, solo ove ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede".

²³⁵ Cass., Sez. Un., 24.2.201, n. 20798, in *Dir. Pen. Contemp.* 15. 03.2021; la recidiva, allorché comporta un aumento di pena superiore a un terzo, è circostanza ad effetto speciale, come tale soggetta, in caso di concorso con altre circostanze ad effetto speciale, alla disciplina di cui all'art. 63, co. 4 c.p., che prevede l'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave, che il giudice può aumentare fino a un terzo; ciò anche qualora si tratti di recidiva obbligatoria *ex art. 99, co. 5 c.p.*

giudice, 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. Per quanto riguarda la questione di legittimità sollevata per contrasto dell'art 99, comma 5, con i principi di uguaglianza, e di ragionevolezza, la Corte sottolinea che nel 1977 si era già espressa su questioni per certi versi simili con sentenza di rigetto.

1.5 Il limite all'aumento della 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 5.²³⁶

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 di cui all'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

²³⁶ DOLCINI E., *La recidiva riformata*, cit., 535., v. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., 182.

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 2005 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 attuale.²³⁷

La nozione di “delitto non 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

²³⁷ Cfr. NATALINI A., *La “nuova” recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei “delitti non colposi”*, in *Dir. e Giust.* 2006, n. 11, 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 circoscritto, per il momento, l’applicazione di questa fattispecie soltanto ad alcuni delitti più gravi.” e del sen. Bobbio L., 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.”

rinvenuto una motivazione idonea alla base della distinzione tra “delitti non colposi” da un lato, e delitti colposi e contravvenzioni, dall’altro²³⁸Nell’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; inoltre, tale ricostruzione sarebbe 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 dolosi.²³⁹Un’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 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 serialità, ad esempio, in relazione alle materie di sicurezza sul lavoro, ambiente, circolazione stradale, attività medico-chirurgo e alcune contravvenzione del Diritto penale societario. Invero, sarebbe lo stesso legislatore della riforma del 2005 ad introdurre un indizio di maggiore gravità dei fatti. Il nuovo comma 6 dell’art 157 c.p. prevede una deroga raddoppiando i termini di prescrizione per i reati di omicidio colposo aggravato o di qualunque delitto colposo di danno *ex* artt. 589, c. 2, 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, sorge in capo al Pubblico ministero. o al giudice l’obbligo di revocare o non considerare la contestazione della recidiva se essa dipende da sentenze penali irrevocabili di

²³⁸ CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 77.

²³⁹ DOLCINI E., *Le due anime della legge “ex-Cirielli”*, cit., 530.

condanna per delitti colposi o contravvenzioni.²⁴⁰ Se da parte della dottrina si è dunque colta anche in questo caso l'occasione di sottolineare l'irrazionalità dell'intervento legislativo²⁴¹ ed inoltre la scarsa attenzione sistematica, non essendosi provveduto adeguatamente al raccordo della novità in tema di recidiva con la disciplina di altri istituti,²⁴² la Corte costituzionale, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità 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 il *novium* «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».²⁴³

La novella dell'art 99 c.p. rappresenta il cuore della riforma del 2005 in una prospettiva politico criminale improntata ad un severo rigore repressivo nell'*an* e nel *quantum*, in chiara polemica con una prassi giudiziaria giudicata lassista, ma consentita dagli ampi spazi di discrezionalità riconosciuta al giudice.

Una delle innovazioni più interessanti, sotto il profilo politico-criminale, concerne la delimitazione della recidiva ai soli «delitti non colposi», che riduce notevolmente l'ambito di operatività della recidiva. Questa delimitazione si coglie sotto un duplice aspetto. In primo luogo, è mutato il contenuto del presupposto formale per la dichiarazione di recidiva: l'esistenza di una sentenza irrevocabile deve riferirsi non più a qualsiasi reato, ma ad un «delitto non colposo».²⁴⁴ In secondo luogo, il delitto non colposo delimita la classe di reati c.d. sintomatici: rimangono

²⁴⁰ 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. pen. Sez. fer., 25 luglio 2006, n. 26556, in www.iusexplorer.it, v. Cass. Sez. I, 13 gennaio 2009, n. 3842, in www.iusexplorer.it

²⁴¹ In termini molto critici, NATALINI A., *La nuova recidiva ex Cirielli*, cit., 111: «Nel silenzio del dato storico, possiamo ritenere che il novellatore abbia semplicemente adottato un (vago) parametro di selezione basato sulla volontarietà della trasgressione del precetto penale.

²⁴² MELCHIONDA A., *La nuova disciplina*, cit., 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.

²⁴³ Corte cost., 18 aprile 2007, n. 164, in www.iusexplorer.it

²⁴⁴ Con riferimento a questa limitazione, v. Corte cost, 8 maggio 2007, n. 164, in *Giur. cost.*, 2007, 1552, la quale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art 4 l. n. 251/2005.

esclusi tanto i delitti colposi quanto le contravvenzioni. Questa delimitazione è una opzione legislativa rispetto alla cui ragionevolezza, la dottrina si è a lungo interrogata.²⁴⁵Le perplessità aumentano nel caso di contravvenzioni dolose, tra le quali possono annoverare anche illeciti di rilevante gravità. Emblematico, ad esempio, il reato di falsa comunicazione sociale *ex art 2621 c.c.*, che richiede il dolo specifico e ha mantenuto natura di contravvenzione, nonostante il recente aumento della pena.

La dottrina prevalente ha espresso pareri di radicale sfavore verso la scelta selettiva dei delitti non colposi, in quanto assolutamente arbitraria. Discriminare i delitti significa incrementare l'irrazionalità già insita nella genericità-perpetuità della recidiva. La delimitazione della sua applicazione ai soli delitti dolosi o preterintenzionale sembra accentuare il profilo retributivo dell'aggravamento di pena, ridimensionamento invece la vocazione special-preventiva.

Il mutato campo di applicazione della recidiva pone anche i problemi di raccordo sistematico con tutte quelle disposizioni che contengono un richiamo diretto alla disciplina della recidiva come ad esempio l'oblazione, l'amnistia, la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale. Non si è mancato di notare come questa scelta sia tutt'altro che isolato sotto il profilo comparatistico.

Le ragioni della scelta legislativa, a nostro avviso, sembrano ricavabili dall'intero ordinamento e dalla *ratio* della riforma. La scelta del legislatore, d'altronde, sembra ragionevole sotto il profilo politico criminale, quanto il legislatore ha preferito differenziare la risposta punitiva per i recidivi, a seconda della tipologia di illeciti commessi, riservando l'opzione più severa ai delitti non colposi. L'irrazionalità della scelta selettiva della riforma del 2005 sembra albergare piuttosto nell'aver ommesso di selezionare quelle tipologie di reato che possono ritenersi appartenenti alla criminalità più pericolosa e persistente.

²⁴⁵ Cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 445.

2 La facoltatività, l'obbligatorietà e la discrezionalità della recidiva nel nuovo assetto normativo 2005

L'intervento della novella del 2005 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 osservato che la riforma del 1974 aveva notevolmente dilatato la discrezionalità del giudice, mentre con la riforma del 2005/251 si è creato un filone normativo di contenimento del potere giudiziale, sia sul piano interpretativo, sia su quello della determinazione giudiziale della pena, mediante l'introduzione di automatismi sanzionatori.²⁴⁶ La dottrina stessa aveva ravvisato nell'accrescimento della discrezionalità del giudice la causa di un'incertezza e ineffettività della pena dovuta allo scollamento tra la pena prevista in astratto dalla legge e la sanzione concretamente irrogata dal giudice. Nonostante l'intento del legislatore del 2005 d'intervenire in favore della certezza e dell'effettività della pena, questo istituto si è dimostrato ispirato a una politica criminale prevalentemente repressiva in chiave general-preventiva, ma indirizzato ad una particolare categoria di soggetti ritenuti più pericolosi.

Di fatto, la riforma del 2005 ha introdotto un regime di obbligatorietà della recidiva in maniera non generalizzata²⁴⁷. Successivamente alla riforma del 2005 la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in armonia con l'orientamento della Corte costituzionale, ha limitato gli automatismi sanzionatori della recidiva: in primo luogo, respingendo la concezione della recidiva quale *status* desumibile da certificato penale, in favore della concezione sostanziale della recidiva come circostanza aggravante. Emblematica di quest'ultima concezione è la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che nel ricondurre la recidiva alla categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, pone in risalto la discrezionalità del giudice a discapito dell'automatismo sanzionatorio.²⁴⁸

²⁴⁶ ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazione sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4098.

²⁴⁷ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizione*, cit., 448 ss. Per un quadro complessivo del problema v. CARUSO G., *Recidiva*, cit., 1045 ss.

²⁴⁸ *Cass. pen.*, Sez. Un., 24 febbraio 2011 n. 20798, in www.iusexplorer.it; Le Sezioni Unite, rispondendo in senso affermativo al quesito posto dall'ordinanza di rimessione 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,

In relazione all'affermazione della facoltatività della recidiva di cui ai primi quattro commi dell'art 99 c.p., la giurisprudenza prevalente ha ritenuto sussistente per il giudice l'obbligo di accompagnare all'esercizio del potere discrezionale la motivazione della scelta in merito alla dichiarazione o meno della circostanza. Trattasi di motivazione senza la quale la sentenza del giudice risulterebbe viziata e passibile di invalidità.²⁴⁹

Come accennato precedentemente, tutte le ipotesi, tranne quella del comma 5, sono ritenute discrezionali in ordine al presupposto sostanziale di maggiore colpevolezza o pericolosità²⁵⁰. Si erano posti dubbi rispetto alla recidiva pluriaggravata e alla reiterata. Nel senso della loro discrezionalità si sono espressi sia la Corte costituzionale che la Cassazione a Sezioni Unite.²⁵¹ La discrezionalità, si noti, attiene ai presupposti sostanziali e non all'aumento della pena.

Invero, l'opinione che lega la discrezionalità all'aumento della pena nel periodo tra le due riforme del 1974 e del 2005 non può essere accolta perché finisce per concepire la recidiva come obbligatoria, risultando sufficiente per la sua sussistenza la sola precedente condanna.²⁵² Pertanto, una volta accertati i presupposti

ove concorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, di 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 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.

²⁴⁹ Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 2011 n. 10411, in "www.giurisprudenzapenale.com"

²⁵⁰ Cass. pen. Sez. Un. 27 maggio 2010, n. 35738, in "www.giurisprudenzapenale.com": La recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio, ma può non essere ritenuta configurabile dal giudice, a meno che non si tratti dell'ipotesi di recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma quinto, c.p., nel qual caso va anche obbligatoriamente applicata. Una volta contestata la recidiva nel reato, anche reiterata, purché non ai sensi dell'art. 99, comma quinto, c.p., qualora essa sia stata esclusa dal giudice, non solo non ha luogo l'aggravamento della pena, ma non operano neanche gli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, di cui all'art. 69, co. 4 c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, co. 4 c.p., dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, co. 1-bis, c.p.p.; effetti che si determinano integralmente qualora, invece, la recidiva stessa non sia stata esclusa, per essere stata ritenuta sintomo di maggiore colpevolezza e pericolosità

²⁵¹ C. cost. 14 giugno 2007, n. 192, 326 s.; in www.iusexplorer.it, e Cass. pen. Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, in www.giurisprudenzapenale.com; la prima ha osservato che l'indicativo presente « è » si riferisce esclusivamente alla misura dell'aumento della pena, lasciando inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento, in quanto le due figure di recidiva rappresentano mere "specie" della figura generale discrezionale di cui il comma 1. La seconda ha precisato che l'interpretazione nel senso dell'obbligatorietà configurerebbe una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato con conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato nell'*an* e nel *quantum*

²⁵² BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 147. Nel senso contrario Cfr. Cass. Sez. Un. 27 maggio 2010, n. 35738, in www.iusexplorer.it.

formali e sostanziali, quindi dichiarata la recidiva sussistente, in assenza di un concorso eterogeneo di circostanze, l'aumento è obbligatorio e si producono gli effetti indiretti.²⁵³ Più complesso il discorso se la recidiva è ritenuta esistente e vi è concorso eterogeneo di circostanze. La giurisprudenza è giunta ad una soluzione compromissoria²⁵⁴, per cui si deve distinguere a seconda dell'esito del bilanciamento: se l'esito è di equivalenza, gli effetti si producono²⁵⁵, mentre, solo se l'aggravante soccombe, essi non si producono²⁵⁶. Se la recidiva è ritenuta inesistente, non si produce alcun effetto indiretti²⁵⁷, compreso quello del bilanciamento²⁵⁸.

Per quanto riguarda i criteri di esercizio della recidiva discrezionale, essi mutano a seconda del fondamento della recidiva. Nella prospettiva della maggiore colpevolezza, il giudizio tende a farsi oggettivo e standardizzato. L'oggetto della valutazione sta nella verifica dell'esistenza di un legame tra il nuovo delitto e la precedente condanna. In tale prospettiva giocano un ruolo fondamentale il fattore cronologico, cioè il tempo intercorso tra la condanna e il nuovo delitto. Nella prospettiva della maggiore pericolosità sociale, il giudizio tende a farsi molto più flessibile e "relativizzato," avendo ad oggetto la personalità del reo e la sua condotta di vita.

3 Il rapporto della recidiva con le altre previsioni normative

3.1 Il concorso formale e il reato continuato

La questione dei rapporti tra recidiva e continuazione risultava connessa al problema della configurabilità della continuazione tra reati già accertati con sentenza irrevocabile e reati contemplati in sentenza non ancora passata in giudicato.

²⁵³ Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010 n. 35738, in www.giurisprudenzapenale.com; In dottrina v. ROMANO M.-GRASSO E. in *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 97.

²⁵⁴ BISORI L., *La Recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 47. L'Autore parla di "equilibrio" al riguardo.

²⁵⁵ Cass. pen. 27 maggio 2010 n. 35738, 2100, in www.giurisprudenzapenale.com

²⁵⁶ Cass. pen. Sez. Un., 18 giugno 1991, in *Cass. pen.* 1991, 1957. Nello stesso senso CASSANO M., *La recidiva nella prospettiva di legittimità: questioni risolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 36.

²⁵⁷ Cass. pen., 27 maggio 2010, n. 35738, 2100, in www.giurisprudenzapenale.com

²⁵⁸ Cass. pen., 27 maggio 2010, n. 35738, 2101, in www.giurisprudenzapenale.com

La recidiva appartiene ad un più ampio *genus* di “reiterazione” criminosa, ovvero “pluralità di illeciti”, con il quale in passato veniva a volte confuso,²⁵⁹ ma con il tempo l’elaborazione giuridica è andata perfezionandosi, tanto da distinguersi il fenomeno della mera reiterazione di più illeciti da parte dello stesso soggetto agente (c.d. recidiva naturale) da quello della recidiva in senso giuridico consistente nella commissione di un reato da parte di colui che sia stato già condannato in via definitiva per uno precedente reato²⁶⁰.

Sotto questo profilo, i due fenomeni sono quasi simili, ma sono giuridicamente diversi sotto il profilo della rispettiva *ratio*, tanto da poter determinare opposte conseguenze: l’una aggravatrice *ex art 99*, c.p. cioè la recidiva, e l’altra al contrario mitigatrice, nel caso del reato continuato *ex art 81*, comma 2, c.p. In dottrina taluno puntualizzava che «la recidiva fosse pur sempre un aspetto del concorso di reato con questa differenza: che nel semplice concorso vi è una persona chiamata rispondere di molteplici reati senza che per alcuni di essi abbia riportato condanna, laddove la recidiva suppone che uno o più reati anteriori sia intervenuta la condanna irrevocabile».²⁶¹ In linea di principio, la recidiva dovrebbe ritenersi incompatibile con il riconoscimento della continuazione, e dunque, con l’applicazione del regime di *favor rei*, previsto dal comma 2 dell’art 81 c.p., che consente il cumulo giuridico, in considerazione della minore colpevolezza manifestata da colui che commette più illeciti sotto la spinta dell’esecuzione di un «medesimo disegno criminoso».²⁶²

²⁵⁹ Cfr. MUSCATELLO V.B., *Pluralità unicità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 59 ss., che sottolinea come i due fenomeni siano stati spesso accomunati, evidenziando l’esistenza di due aspetti comuni: la pluralità di reati commessi dalla stessa persona e la «pertinace» volontà di violare la legge. Vedasi anche MATTEOTTI G., *La recidiva, Saggio di revisione critica con dati statistici*, cit, 5.

²⁶⁰ Cfr. GARGANI A., *La visione “socio-criminologica” della recidiva nel pensiero di Giacomo Matteotti*, in *Ind. pen.*, 2002, 1247 ss. Per il quale, la reiterazione è di sé elemento non univoco: può essere frutto di un particolare attitudine criminosa, o di una ricaduta occasionale, o di una deliberazione facilitata dall’unicità della programmazione complessiva. Solo in tale ottica si riesce a giustificare la disciplina della reiterazione, ora nel senso di un’attenuazione di responsabilità come nell’ipotesi di reato continuato, ora nel senso di un inasprimento di pena. Di una incompatibilità logica tra i due istituti e di una incoerenza sistematica riguardo al reato continuato, parla DASSANO F., *Recidiva e potere*, cit., 221 ss. Ebbene, nel caso della recidiva, il legislatore ha enucleato un elemento di distinzione qualitativa, che supera il dato unificante di tipo meramente quantitativa: l’esistenza di una precedente sentenza irrevocabile di condanna.

²⁶¹ MAGGIORE G., *Diritto penale. Parte generale*, (art 1- art 240) Bologna, vol. I. 1949, 637.

²⁶² Cfr. MORSELLI E., *Il reato continuato nell’attuale disciplina legislativa*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.* 1977, 115, l’Autore sottolinea che l’istituto del reato continuato viene tradizionalmente disciplinato, come noto, in modo autonomo perché la pluralità di reati commessi dalla stessa persona risulta essere espressione della medesima risoluzione criminosa. Ciò denoterebbe un minor disvalore complessivo dei fatti commessi e legittimerebbe, di conseguenza, l’adozione di un trattamento sanzionatorio più mite rispetto ai casi di vero e proprio concorso materiale di reati. In passato, tuttavia, tale scelta politico-criminale non ha raccolto unanimi consensi, in quanto, secondo un orientamento minoritario, proprio nell’unità del piano criminoso perseguito dall’agente si sarebbe dovuto ravvisare, un motivo di aggravamento del trattamento sanzionatorio complessivo.

Il problema della conciliabilità del regime giuridico tra i due istituti è da sempre molto dibattuto. Un'ampia parte della dottrina è ancora allineata alla tesi dell'incompatibilità tra recidiva e continuazione sottolineando che tra i due istituti vi è un rapporto di contraddizione: un *favor rei* per il reato continuato, dovuto dal medesimo disegno criminoso; una maggiore severità per la recidiva ove, invece, la precedente sentenza irrevocabile avrebbe dovuto distogliere il reo dal rimanere nell'illecito.²⁶³ Tale impostazione parte dal presupposto che il giudicato dovrebbe spezzare il legame della medesimezza del disegno criminoso e dunque la stessa unità giuridica del reato continuato. Una sentenza di condanna dovrebbe, secondo una certa impostazione dottrinale, far sorgere nel reo nuovi motivi inibitori per dissuaderlo dal suo disegno criminoso e dunque la stessa "unità" giuridica del reato continuato, rendendo impossibile riconoscere il vincolo della continuazione tra reati accertati da una sentenza irrevocabile e reati commessi dopo il passaggio in giudicato per precedenti delitti, pur se avvicinati dal medesimo legame subbiiettivo²⁶⁴. Una sentenza di condanna secondo una certa impostazione dottrinale dovrebbe fare sorgere nel reo nuovi motivi inibitori²⁶⁵.

Secondo alcuni Autori, la tesi dell'incompatibilità tra i due istituti si fonderebbe anche su esigenze di prevenzione generale e speciale che sarebbe vanificate se si desse prevalenza alla normativa sul reato continuato, «perché il condannato per una serie di reati non sarebbe dissuaso dal commettere altri perché questi sarebbero puniti in "termini di pena estremamente scontati"»²⁶⁶.

²⁶³ Cfr. PITTARO P., *Recidiva*, cit., 368; Al riguardo anche ABROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 142, il quale ritiene che il più benevolo trattamento sanzionatorio previsto per il reato continuato sarebbe incompatibile se rivolto ad un soggetto che, pur consapevole del monito giudiziale, abbia perseverato nel programma criminoso. Si registra posizione contraria di MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unicità di reati. Per una microfisica del molteplici*, Padova, 2002, 341, il quale partendo da una concezione retribuzionista della recidiva, ritiene che le figure non siano compatibili. Tuttavia, l'Autore ritiene non sia possibile propendere per l'applicabilità dell'una o l'altra figura e sostiene che è corretto lasciare al giudice la possibilità di decidere discrezionalmente quale di due aspetti della volontà del reo debba prevalere in concreto. Nei casi incerti, il magistrato potrebbe, in base al principio del *favor rei*, dare la prevalenza al regime giuridico e sanzionatorio della continuazione.

²⁶⁴ Cfr. PAGIARO A., *Cosa giuridica e continuazione di reati*, in *Cass. pen.*, 1987, 96, che fa discendere l'incompatibilità tra la recidiva e la continuazione dalla stessa incompatibilità di quest'ultima con il giudicato, visto come effetto normativo idoneo spezzare il legame del medesimo disegno criminoso.

²⁶⁵ Questa era l'orientamento diffuso anche nella giurisprudenza di legittimità: v. *Cass. pen. Sez. Un.* 4 maggio 1968, in *Cpm*, 1968, 671, *Cass. pen.* 29 gennaio 1974, in *Giust. pen.*, 1976, II, c. 206; *Cass.* 21 ottobre 1981, in *Cass. pen.*, 1983, 1137.

²⁶⁶ RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, 494., così anche MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 514.

Su tali argomentazioni hanno, tuttavia, prevalso quelle avanzate da un altro indirizzo dottrinale, secondo cui non possono esservi ostacoli alla conciliabilità tra recidiva e continuazione in quanto i due istituti opererebbero su piani diversi: la recidiva presuppone la ricaduta nel delitto dopo la prima condanna (l'aumento della pena), il regime della continuazione riguarda, invece il complesso degli illeciti unificato dal disegno criminoso²⁶⁷. La permanenza di un medesimo disegno criminoso potrebbe riconoscersi anche dopo il passaggio in giudica della sentenza di condanna per un precedente reato²⁶⁸. Questo orientamento sembra che abbia anche condizionato la giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha ammesso la permanenza del disegno criminoso anche nell'ipotesi di reati commessi successivamente al costituirsi della sentenza irrevocabile.²⁶⁹

La tesi che sostiene la compatibilità tra i due istituti sembra aver ricevuto un avallo anche sotto il profilo normativo *ex art 671 c.p.p.* dove è previsto che, «nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il Pubblico ministero A chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato». Tale ricostruzione non sembra, tuttavia, condivisibile da parte di coloro i quali hanno da sempre sostenuto l'incompatibilità dei due istituti, affermando che l'art 671 c.p.p. ha natura meramente processuale e non sostanziale e che «il giudicato è solo un presupposto formale della recidiva».²⁷⁰

Nel dibattito si è inserito un'importante pronuncia delle Sezioni Unite, secondo la quale anche ai reati commessi dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna può essere applicata la continuazione, congiuntamente alla recidiva o disgiuntamente.²⁷¹ Per la Corte la recidiva e continuazione rappresentano istituti autonomi, con strutture e finalità diverse, ma niente affatto inconciliabile tra

²⁶⁷ COPPI E., voce *Reato continuato*, in *D. Disc. Pen.*, Vol. XI, Torino, 1996, 229.

²⁶⁸ COPPI F., *Reato continuato e cosa giuridica*, Napoli, 1969, 346; ROMANO M., *sub ART 81 c.p.*, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 768.

²⁶⁹ Cfr. Cass. pen. Sez., VI, 22 settembre 1985, in www.iusexplorer.it; Altresì Cass. pen. Sez. IV, 6 marzo 2007, n. 20169 in www.iusexplorer.it; che ha affermato che l'asserita incompatibilità sul piano del fondamento razionale e della funzione dei due istituti, tra continuazione e recidiva appare indimostrabile.

²⁷⁰ Così AMBROSETTI E. M., voce *recidiva*, in *Diz. Dir. pub.*, a cura di CASSESE S., Milano 2006, 4954.

²⁷¹ La Corte di Cassazione, invero, ha affermato che l'asserita incompatibilità tra continuazione e recidiva appare indimostrata e indimostrabile, in tale senso Cfr. Cass. pen. Sez. I. 17 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 354, con nota di DIOTALLEVI G., *La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella prospettiva nomofilattica delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 1997, 358 ss. Anche la giurisprudenza successiva sembra si sia allineata alla tesi che afferma la compatibilità tra recidiva e continuazione in senso confermativo.

loro²⁷²: la prima dà luogo ad un aumento di pena, perciò, è una circostanza aggravante di carattere soggettiva, inerente esclusivamente alla persona del colpevole il secondo istituto, invece, attiene al trattamento sanzionatorio unitario, cui va sottoposto il reo per i vari illeciti compresi nell'originario disegno criminoso.

La discutibile disciplina che consente l'applicazione del cumulo giuridico per la continuazione e contestualmente la recidiva, ha trovato un'ulteriore conferma a seguito della novella del 2005, che ha introdotto un ulteriore effetto c.d. minore conseguente all' «applicazione» della recidiva, attinente al limite verso il basso posto alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena prevista per il concorso formale di reati e per il reato continuato ex art 81, co. 4 c.p. L'art 5 comma 1, l. n. 251/2005, ha infatti sancito un nuovo effetto repressivo per i recidivi reiterati, inserendo nell'art 81c.p., un nuovo quarto comma.²⁷³

Le norme in esame sembrano avvalorare quel consolidato orientamento giurisprudenziale, che ammette la compatibilità tra la continuazione e la recidiva, in quanto si tratta di istituti autonomi, che svolgono i loro effetti in ambiti diversi. L'analisi della disciplina del reato continuato non può portare ad escludere la "compatibilità" tra i due istituti, essendo la stessa non frutto di interpretazione di parte della dottrina o della giurisprudenza, bensì di una precisa scelta legislativa.²⁷⁴ Tale scelta permette oggi di chiarire quale sia il fondamento attribuito alla recidiva dal sistema penale italiano vigente. I sostenitori del fondamento diagnostico - retributivo della recidiva ritengono contraddittorio, e insostenibile un contestuale riconoscimento di entrambi gli istituti. Per il legislatore italiano si tratta di due valutazioni distinte, conciliabili tra loro poiché entrambe attengono alla personalità dell'autore: l'una valorizza l'elemento della minore colpevolezza, l'altra, invece, quello della maggiore capacità del reo.

Dunque, l'espressa considerazione della recidiva reiterata all'interno del meccanismo di commisurazione del cumulo giuridico per il reato continuato ex art

²⁷² Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 17 aprile 1996, n. 883, in www.iusexplorer.it

²⁷³ Che prescrive: «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 recidivi reiterati, l'aumento della pena non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave». Tale modifica va letta congiuntamente alla riforma dell'art 671 c.p.p., nel quale è stato inserito un nuovo comma 2 bis, che richiama il giudice dell'esecuzione all'applicazione dello stesso art 81, comma 4, c.p.

²⁷⁴ In tale senso anche VARRASO G., *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, 365.

81, comma 4, c.p. deve condurre a ritenere che sia stata legislativamente accolta la compatibilità tra tali istituti proprio perché fondati su *ratio* distinti²⁷⁵: l'uno relativo alla minore colpevolezza del reo. L'altro alla maggiore pericolosità dello stesso.

D'altronde, il legislatore ha scelto di limitare l'aggravio di pena al solo limite minimo: il giudice, nel commisurare la pena applicando il cumulo giuridico previsto per la continuazione, oggi è richiesto solo di non scendere sotto un terzo dell'aumento previsto per il reato più grave.

3.2 La prescrizione

Il secondo argomento affrontato dalla riforma del 2005 è costituito dalla prescrizione, sviluppato su una logica differente di quella della *ratio* della riforma della recidiva. La sua logica risponde alla finalità di abbreviare i tempi processuali e di soddisfare il principio della ragionevole durata del processo e di contenere la discrezionalità del giudice: il tempo necessario a prescrivere il reato è stabilito come fisso ed è pari al massimo edittale e, comunque, non inferiore a sei anni in caso di delitti; tale termine non può prolungarsi oltre un quarto per effetto di atti interruttivi *ex art 6, primo comma*,²⁷⁶della l. 251/2005.

Per la determinazione della prescrizione non si tiene conto degli effetti delle circostanze del 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 molte eccezioni alla cosiddetta "prescrizione breve:" per i delitti dolosi caratterizzati da elevato allarme sociale di cui art 157 c.p., sono stati innalzati i limiti al prolungamento dei termini derivanti da atti interruttivi per ipotesi di recidiva e per i delinquenti pericolosi *ex art 161, comma 2, c.p.*²⁷⁷

²⁷⁵ Cfr, MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit, 347 ss.

²⁷⁶ 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 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»".

²⁷⁷ 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. Così osserva SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, Dossier n.1, 2006, 38: "Se si pensa che l'istituto risponda solo all'esigenza di spingere l'apparato

Il decorso del termine è valutato dall'ordinamento in modo diverso per la prescrizione e per la recidiva: rispetto alla prima esso agisce *pro-reo* per esigenze di prevenzione generale; per la recidiva, invece, il tempo non esercita alcun effetto estintivo, anzi i precedenti del reo ne condizionano i comportamenti futuri, dal momento che la condanna, anche se remota, è in grado di produrre effetti sull'avvenire in modo perpetuo indipendentemente dalla tipologia del reato commesso e dell'intervallo di tempo tra le condotte delittuose. La recidiva e la prescrizione, dunque, rappresentano le due anime della riforma del 2005 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 dagli effetti perversi».²⁷⁸

La recidiva rappresenta, infatti, una sempre viva memoria storica sui precedenti del reo, che ne condiziona negativamente i comportamenti futuri, giacché anche una remota condanna penale, per un fatto di per sé suscettibile di passare in prescrizione, è in grado di incidere sull'avvenire in modo perpetuo, indipendentemente dalla tipologia del reato commesse, dall'intervallo cronologico fra le condotte delittuose e dalla sussistenza di eventuali cause di estinzione del reato o della pena. Ad opera della riforma, i termini prescrizionali subiscono una sensibile accelerazione per molti reati anche di rilevante gravità, ma al col tempo, un altrettanto brusco rallentamento per i recidivi. In merito all'incidenza negativa che la recidiva ha sui termini di prescrizione, ai sensi dell'art 157 comma, 2, c.p., è disposto che, nella determinazione del tempo necessario a prescrivere, si terrà conto delle circostanze aggravanti a effetto speciale, incidendo queste sul massimo edittale su cui si computano detti termini. Di conseguenza, ai fini della prescrizione si dovrà

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. 35.

²⁷⁸ ART 106 c.p." agli effetti della recidiva non si tiene conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena", quale ad es. amnistia, indulto o prescrizione della pena.

²⁷⁸ Cfr GIUNTA F., *Commento all'art 6, l.5.12.2005, n. 251*, in *Leg. pen.* 2006, 475, che sottolinea come «l'inedito rapporto che il legislatore ha inteso instaurare tra istituti della prescrizione e della recidiva, dotati di *rationes* tra loro assai diverse

considerare anche la recidiva reiterata, in quanto circostanza a effetto speciale, che contribuisce a determinare l'aumento dei tempi necessario a prescrivere²⁷⁹.

La riforma del 2005 ha previsto quindi un allungamento dei tempi di prescrizione nei casi in cui il destinatario della sanzione penale sia un soggetto recidivo aggravato o reiterato. In primo luogo, la recidiva, qualora si qualifica come circostanza ad effetto speciale, incide sul termine prescrizionale ordinario, obbligando ad operare un aggravio pari al massimo dell'aumento di pena previsto per l'aggravante.²⁸⁰La seconda deroga riguarda invece gli effetti degli atti interruttivi sul tempo necessario a prescrivere il reato: infatti, *ex art* 161, comma 2, il tempo massimo del prolungamento della prescrizione ordinaria 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 appare divisa tra chi sostiene che, ai fini della determinazione del termine prescrizionale, non rilevi l'effettiva applicazione della recidiva, essendone sufficiente la dichiarazione dal giudice di merito²⁸¹ poiché la recidiva non è un mero status soggettivo desumibile dal certificato penale²⁸²e chi, invece, sostiene che, se il giudice decide di escludere la circostanza aggravante, questa non può essere considerata ai fini della prescrizione.²⁸³

In conclusione, le modifiche apportate dalla riforma del 2005 relativamente alla connessione tra prescrizione e recidiva sono state contestate da quella parte della

²⁷⁹ FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. e proc. pen.*, 2005, 1327.

²⁸⁰ Cass. pen., Sez., 24 marzo 2009, n. 22619 e Cass. pen. Sez. V, 7 giugno 2010, n. 35852 in www.iusexplorer.it

²⁸¹ Cass. pen. Sez. I, 26 maggio 2010, n. 23878, *Di Muro* in www.iusexplorer.it; "l'estinzione della pena per decorso del tempo non opera nei confronti dei condannati recidivi di cui al capoverso dell'art. 99 c.p. a condizione che la recidiva sia stata dichiarata nel giudizio di merito e che riguardi condanne anteriori a quella che ha dato luogo alla pena della cui estinzione si tratta"; Cass., Sez. I, 2 febbraio 2005, n. 10425, *Esposito* in www.iusexplorer.it "La recidiva, affinché possa dispiegare tutti gli effetti previsti dalla legge che non siano inerenti all'aggravamento della pena, deve essere necessariamente dichiarata con la sentenza di condanna all'esito del giudizio, non essendo sufficiente in sede esecutiva che esistano i presupposti per la sua formale contestazione o che la stessa possa essere desunta da elementi rilevabili dal certificato penale".

²⁸² Cass., Sez. I, 16 aprile 2002, n. 30707, *Triulcio*, in www.iusexplorer.it "La 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. Ne consegue che, in tema di estinzione della pena per decorso del tempo, non è consentito al giudice dell'esecuzione, ai fini dell'applicazione dell'art. 172, co. 7, c.p., desumere la recidiva dall'esame dei precedenti penali, in mancanza di un accertamento in sede di cognizione, a nulla rilevando la non obbligatorietà della relativa contestazione"; analogo. Cass., Sez. I, 21 ottobre 2008, n. 44061, *Cirillo*, in www.iusexplorer.it; "La recidiva non può essere desunta in *executivis* sulla base del certificato penale, se non dichiarata dal giudice della cognizione."

²⁸³ Cass. pen., Sez. II, 21 ottobre 2008, n. 40978, in www.iusexplorer.it, e Cass. Sez. VI, 7 ottobre 2010, n. 4377, in www.iusexplorer.it

dottrina che nelle stesse ha ravvisato i canoni tipici del diritto penale d'autore, laddove vengono collegati i differenti aumenti dei termini di prescrizione e interruzione non tanto alla gravità del fatto, quanto allo status soggettivo dell'imputato, con conseguenti ragionevoli disparità di trattamento.

3.3 Il “patteggiamento allargato”

La riforma del 2005 non ha avuto molto impatto sugli istituti di diritto processuale per quanto riguarda la configurazione della recidiva. 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 legge 12 giugno 2003, n. 134, che prevede il cosiddetto “patteggiamento allargato”: la soglia della pena è stata elevata fino a cinque anni di pena detentiva²⁸⁴, ma sono state contemporaneamente previste delle cause di esclusione di natura oggettiva relativamente a determinati delitti espressamente indicati e ad alcune tipologie delinquenziali sulla base di una logica di difesa sociale di tipo special-preventivo. Infatti, non possono accedere al rito speciale i soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza e i recidivi reiterati.

In dottrina si è sostenuto che soltanto a coloro nei cui confronti la dichiarazione di recidiva sia stata adottata in una precedente sentenza va escluso il patteggiamento allargato.

La giurisprudenza risulta divisa tra chi sostiene che per configurare le ipotesi di esclusione dal patteggiamento allargato, è sufficiente che la recidiva reiterata sia stata semplicemente contestato dal Pubblico ministero²⁸⁵ e chi sostiene, invece, che è

²⁸⁴ 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 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.”

²⁸⁵ Cass. pen. Sez. VI, 6 dicembre 2008, n. 48477, in www.iusexplorer.it “ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del “patteggiamento”, secondo quanto previsto dall'art. 444 c.p.p., comma 1

necessario che la recidiva reiterata sia già stata oggetto di specifica dichiarazione in una sentenza precedente.²⁸⁶ Questa questione fu anche oggetto della pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione con cui si aderì all'interpretazione secondo la quale, ai fini dell'esclusione dal patteggiamento allargato, non occorre una pregressa dichiarazione della recidiva reiterata, che in quanto circostanza aggravante, per poter produrre effetti, deve essere ritenuta in concreto dal giudice²⁸⁷.

La Corte costituzionale ha più volte dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art 444, comma 1bis, c.p.p., nella parte in cui esclude dal patteggiamento allargato i recidivi reiterati, sollevate in relazione all'art 3 Cost.: La scelta del legislatore di stabilire delle preclusioni in relazione a determinati reati viene giudicata come frutto di una scelta discrezionale e non arbitraria.

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, n. 1097, in www.iusexplorer.it

²⁸⁶ Cass. pen. Sez. VI, 16 settembre 2004, n. 39238 in www.iusexplorer.it "Né 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 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. pen. Sez. I, 13 novembre 2008, n. 1007, in www.iusexplorer.it e Cass. pen. Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23643, in www.iusexplorer.it

²⁸⁷ Cass. pen. Sez. Un. 5 ottobre 2010 n. 35738, in www.iusexplorer.it; La recidiva reiterata 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.

CAPITOLO III

L'IMPATTO DELLA DISCIPLINA DELLA RECIDIVA SU ALCUNI ISTITUTI DEL RITO PENALE

1 Gli effetti indiretti della recidiva

Come accennato, i maggiori problemi ermeneutici derivanti dalla riforma del 205 riguardano gli effetti indiretti della recidiva reiterata, la cui operatività condiziona le fasi di commisurazione e di esecuzione della pena.

Già in passato, la Cassazione, in merito alla facoltatività dell'istituto derivante dalla riforma del 1974, aveva ritenuto che la recidiva fosse caratterizzata da un regime di generalizzata discrezionalità, è una volta contestata, essa avrebbe prodotto effetti secondari vincolanti, e che quindi il libero potere decisionale conferito al giudice riguardasse soltanto l'operatività degli effetti primari di tipo sanzionatorio²⁸⁸.

A seguito, di questa pronuncia della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità ha cambiato orientamento, ritenendo che in tutte le ipotesi di cui ai primi quattro commi dell'art 99 c.p., in assenza di una dichiarazione espressa di recidiva, non solo non avrà luogo l'aumento della pena, ma neanche opereranno gli effetti ulteriori sostanziali e processuali, né saranno preclusi, ovvero limitati, i benefici penitenziari²⁸⁹.

La recidiva di cui all'art 99 c.p. produce quindi una pluralità di effetti indiretti che escludono o restringono l'applicazione di una serie di istituti favorevoli al reo. Due sono le problematiche di carattere generale da considerare prima di esaminare le varie ipotesi.

Anzitutto, si deve osservare che gli effetti indiretti incidono su istituti dislocati in sede di commisurazione, di punibilità, di esecuzione e processuale.

²⁸⁸ v. Cass. pen Sez. II, 20 maggio 1993, in *Riv. pen.*, 1994, 401., in senso contrario PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 304, secondo cui, qualora «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».

²⁸⁹ v. FIORIO C., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex- Cirielli*, cit., 315 ss.

Dal punto di vista dinamica questi effetti incidono sul procedimento sulla base della mera contestazione oppure al momento della commisurazione della pena ovvero in sede di esecuzione della pena. Quando questi istituti operano nel corso del procedimento, si pone il problema se gli effetti indiretti si producano sulla base della contestazione oppure se sia necessario una dichiarazione del giudice in ordine alla sussistenza della recidiva in considerazione del carattere discrezionale di essa, preferibile risulta la seconda soluzione, poiché altrimenti si tornerebbe a concepire la recidiva come obbligatoria²⁹⁰.

In secondo luogo, un'attenzione particolare deve essere riservata agli effetti indiretti della recidiva reiterata, in quanto è discusso se essi si producano rispetto al quarto delitto allorquando la dichiarazione è contenuta in una terza condanna precedente oppure in ordine al terzo delitto per il quale si sta procedendo o si è ottenuto una condanna.²⁹¹

La prima soluzione riduce la recidiva reiterata a un vero e proprio *status* soggettivo e non sembra accoglibile, perché potrebbe violare il principio del *ne bis in idem*. Inoltre, l'aumento della pena conseguirebbe esclusivamente ad una *condizione personale* presuntivamente assunta quale indice di pericolosità personale, comportante automatici e predeterminati effetti punitivi intesi alla sola neutralizzazione di quale presunta pericolosità. Di tale che la pena aggiunta assumerebbe i connotati di un'atipica misura di sicurezza.²⁹²

²⁹⁰ In arg. v. Cass. pen. Un. 7 luglio 2010, n.43771, in *Mass. Ced*, n. 248714, dove si è affermato che «quando il giudice abbia escluso la circostanza aggravante facoltativa della recidiva reiterata. Non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la già menzionata circostanza deve ritenersi ininfluenza anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato», v. Cass. pen. Sez. Un. 24 febbraio 2011, n. 17386, in *Dir. pen. contemp.*, www.penalecontemporaneo.it, 13 maggio 2011, 15, la quale afferma che «la natura facoltativa della recidiva reiterata induce ad escludere che della stessa debba tenersi conto nel computo della pena edittale ai fini dell'arresto in flagranza, più in generale, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, essendo consentito al giudice di negare la rilevanza aggravatrice della recidiva reiterata»

²⁹¹ Cfr. Cass. pen. 26 maggio 2010, n. 23878, in www.iusexplorer.it : «L'estinzione della pena per decorso del tempo non opera nei confronti dei condannati recidivi di cui al capoverso dell'art. 99 c.p. a condizione che la recidiva sia stata dichiarata nel giudizio di merito e che riguardi condanne anteriori a quella che ha dato luogo alla pena della cui estinzione si tratta Cass. pen. Sez. I, 02 febbraio 2005, n. 10425, *Esposito*, in www.iusexplorer.it; «la recidiva, affinché possa dispiegare tutti gli effetti previsti dalla legge che non siano inerenti all'aggravamento della pena, deve essere necessariamente dichiarata con la sentenza di condanna all'esito del giudizio, non essendo sufficiente in sede esecutiva che esistano i presupposti per la sua formale contestazione o che la stessa possa essere desunta da elementi rilevabili dal certificato penale».» Di contrario avviso Cass. pen., Sez. 1, 16 marzo 2006, n. 11348.

²⁹² BISORI L., *La nuova recidiva*, cit., 79.

La seconda, invece, consente di concepire la recidiva reiterata come una circostanza e il suo accoglimento produce la conseguenza paradossale che dalla terza condanna, quando cioè la carriera criminale del soggetto è divenuta davvero significativa, non possono più trovare applicazione i suddetti limiti e preclusioni.

1.1 L'incidenza della recidiva in sede di commisurazione della pena

Per quanto riguarda gli effetti indiretti in sede di commisurazione della pena, la recidiva; oltre ad operare nel concorso di circostanza, incide, in relazione ai delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., sull' accertamento delle attenuanti generiche, precludendo al giudice, mediante una presunzione assoluta, la possibilità di prendere in considerazione l'intensità del dolo e gli indici previsti dall'art 133 c.p. (art 62, *bis*, comma 2, c.p.).

Se la preclusione attenesse alla maggiore pericolosità del condannato ciò porrebbe il problema di razionalità della norma, prima ancora che di legittimità derivanti dalla presunzione assoluta. Per dare fondamento razionale alla norma, la presunzione non può che ispirarsi alla maggiore pericolosità sociale, ponendo il problema di legittimità della presunzione stessa. E proprio in questa prospettiva la Corte costituzionale ha dichiarato la norma in contrasto con la Costituzione nella parte in cui vieta di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato in base al comportamento tenuto dopo la commissione del reato sia perché la preclusione impedisce di prendere in considerazione profili che tuttavia possono essere valutati a favore del reo, sia perché nel caso specifico lo stesso comportamento successivo che non si dovrebbe apprezzare può essere espressione di un "sintomo" di rieducazione che contraddice la stessa valutazione di pericolosità sociale che sta alla base della recidiva.²⁹³

In secondo luogo, sempre la recidiva reiterata incide sul calcolo del cumulo giuridico, comportando almeno di un terzo della pena stabilità per il reato più grave (art 81, comma 4, c.p. e, rispetto alla fase esecutiva, art 671, comma 2, *bis*, c.p.p.).

²⁹³ Corte cost. 7 giugno 2011, n. 183, in www.iusexplorer.it; In ordine al permanere di ulteriori profili di illegittimità costituzionale, cfr. GATTA G.L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2383.

1.2 L'incidenza della recidiva in sede di punibilità

La qualifica di recidivo reiterato, in quanto circostanza ad effetto speciale, determina un innalzamento dei tempi di prescrizione del reato *ex art 157, comma 2, c.p.*²⁹⁴La norma sembra rispondere a una *ratio* di maggiore colpevolezza, poiché la recidiva, concepita, in questo modo incide sul disvalore del reato è plausibile che essa dilati i termini della prescrizione.

A una *ratio* di maggiore pericolosità sembra invece rispondere la rilevanza della recidiva reiterata ai fini dell'interruzione della prescrizione del reato *ex art 161, comma 2, c.p.* poiché la persistenza dell'interesse punitivo dello Stato può essere connessa alla particolare carriera criminosa del soggetto che presenta spunti di qualificata pericolosità.²⁹⁵D'altra parte, il recidivo reiterato si rivela maggiormente pericoloso, vi sono quindi fondati motivi per ritenere che, in virtù della persistente carriera criminale, tale personalità tenda a restare immutata.

Alla maggiore pericolosità sociale si ispirano anche le preclusioni relative all'*amnistia ex art 151, comma 5, c.p.* e all'*indulto ex art 174, comma 3*, Trattandosi di istituti di clemenza, si deve ritenere che la loro applicazione sia esclusa a soggetti la cui carriera criminale ne testimonia la sostanziale "immeritevolezza".

Nello stesso modo, l'innalzamento del tempo necessario per ottenere la *riabilitazione ex art 179, comma 2, c.p.*, non può che essere letto in chiave di maggiore pericolosità sociale: posto che il decorso del tempo è connesso alla buona condotta, il legislatore tende a prevedere periodo più lungo per il recidivo, proprio al fine di ottenere una prova significativa da parte di un soggetto rispetto al quale esiste una comprovata resistenza ad adattarsi alle pretese dell'ordinamento.

Per quanto riguarda la *sospensione condizionale della pena*, al di là dei problemi di coordinamento di questa disposizione con la possibilità di concedere la sospensione per due volte, l'esclusione dei condannati dalla fruizione dell'istituto sembra basarsi su una prognosi di non recidiva presuntiva in termini di intimidazione speciale: poiché una condanna non ha trattenuto il reo dal commettere ulteriori reati,

²⁹⁴ Assai discussa la razionalità di questa disposizione: v. PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 36.

²⁹⁵ ROMANO M., in ROMANO M.-GRASSO E.-PADOVANI T., *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 116.

si deve ritenere che per tale reo anche la minaccia dell'esecuzione della pena non riesca ad avere efficacia deterrente.

Inoltre, si deve ricordare che, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art 164 c.p., là dove impedisce di concedere per la terza volta la sospensione dell'esecuzione, la Corte costituzionale ha ritenuto la presunzione ragionevole, in quanto, una volta che va oltre la recidiva primaria, la prognosi di non recidiva diviene sempre meno plausibile.²⁹⁶

Inoltre, si deve ricordare che, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art 164 c.p., là dove impedisce di concedere per la terza volta la sospensione dell'esecuzione della pena, la Corte costituzionale ha ritenuto la presunzione ragionevole, in quanto una volta che si va oltre la recidiva primaria, la prognosi di non recidiva diviene sempre meno plausibile.

Infine, la disposizione che non ammetteva all'*oblazione discrezionale ex art 162, bis, comma 3, c.p.* l'imputato dichiarato recidivo reiterato risulta oggi tacitamente abrogata, non essendo più possibile riferire la recidiva alle contravvenzioni.²⁹⁷

1.3 L'incidenza della recidiva in sede esecutiva e processuale

Per quanto riguarda gli istituti che operano in sede esecutiva, anzitutto, la recidiva monoaggravata, la pluriaggravata e la reiterata comportano un innalzamento dei limiti di pena che il condannato deve aver scontato ai fini della concessione della *liberazione condizionale ex art 176, comma 2, c.p.* Tale aumento sembra dipendere da esigenze di mera retribuzione connesse alla gravità del reato, e quindi, trattasi di una lettura della recidiva in chiave di maggiore colpevolezza.²⁹⁸

In secondo luogo, la riforma del 2005 ha previsto che la recidiva reiterata escluda o restringa l'ambito applicativo di alcuni istituti disciplinati dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Tuttavia, grand parte di queste disposizioni è stata

²⁹⁶ C. cost., 30 luglio 1980, n. 133, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1132 SS; C. cost., 18 luglio 1991, n. 361, in *Cass. pen.*, 1992, 595 ss.; C. cost., ordinanza, 16 novembre 1993, n. 393, in *Giur. cost.*, 1993, 3318 ss.

²⁹⁷ PADOVANI T., in ROMANO M-GRASSO E.-PADOVANI T., *Commentario sistematico del Codice penale* cit., 146.

²⁹⁸ BARTOLI R., *La recidiva*, cit., 903.

abrogata dall'art. 2 d. l. n. 78 del 2013, convertito con modificazione in l. n.94 del 2013 al fine di ridurre il sovraffollamento carcerario.²⁹⁹

Conviene segnalare che restano a tutt'oggi in vigore le seguenti disposizioni. In primis, la nuova ipotesi di detenzione domiciliare, per chi ha compiuto i settanta anni di età, non può essere applicata a chi è stato condannato con l'aggravante di cui all'art 99 c.p. Si tratta dell'unica ipotesi in cui il legislatore ha fondato la restrizione sullo *status* soggettivo del condannato, come reso evidente dall'esplicita condizione che si tratti di soggetto che non sia mai stato condannato con la recidiva, ancorché semplice³⁰⁰. Inoltre, i *permessi premio* possono essere concessi al recidivo reiterato a seguito di un'espiazione della pena lunga (art. 30 *quater* ord. Penit.). Infine, è stato mantenuto il divieto di seconda concessione al recidivo reiterato dell'*affidamento in prova ai servizi sociali*, della detenzione domiciliare e della semilibertà di cui all' art 58 *quater* comma 7 *bis* ord. Penit. Il limite non può riferirsi alla stessa vicenda esecutiva, nel senso che il divieto precluderebbe più concessioni per il medesimo fatto per cui è stata dichiarata la recidiva.³⁰¹

Tale norma è stata 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 a sua volta inflitta con applicazione dell'aggravante della recidiva reiterata³⁰²: soltanto questa interpretazione «farebbe venire meno il rischio di un'irragionevole preclusione in danno del soggetto che si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo».³⁰³

In ambito processuale, è stato abrogato l'art 656, comma 9, lett. c) c.p.p. ex art 1 d. l. n. 78 del 2013 che vietava la sospensione automatica dell'esecuzione nei confronti del condannato al quale era stata applicata la recidiva reiterata, quest'ultima oggi esclude soltanto l'applicazione del patteggiamento allargato.

²⁹⁹ Cfr. FIORENTIN F., *Un primo passo verso la riforma dell'ordinamento nella direttrice tracciata dal Piano sui nuovi istituti*, in *Giuda al diritto*, 2013, n. 29, 36 ss.

³⁰⁰ BISORI L., *La nuova recidiva*, cit., 125.

³⁰¹ BARTOLI R., *La recidiva*, cit., 903.

³⁰² Cfr BISORI L., *La Recidiva in sede di esecuzione*, cit., 134.

³⁰³ Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 291, in *Giur. Cost.* 29010, 3766 ss. Con nota di RENOLDI C., *Nota sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1873.

Il profilo esecutivo della riforma del 2005, pur essendo coerente con l'impostazione della legge, ha condotto a opinioni critiche da parte della dottrina, che ha osservato come la limitazione della discrezionalità del giudice presenti degli indiscutibili profili di incompatibilità con la materia dell'esecuzione della pena che richiede una puntuale operazione di individuazione del trattamento in base alle caratteristiche del singolo condannato al fine di attuare le migliori condizioni per il reinserimento sociale.³⁰⁴La riforma del 2005 si è inserita dunque in un contesto di successione di interventi normativi connotati da un «pendolarismo tra il permissivo e il restrittivo»³⁰⁵ del legislatore nell'approccio alla materia penitenziaria. Le scelte della novella in materia esecutiva sono state giudicate irragionevoli dalla dottrina sia perché, per quanto riguarda le opportunità rieducative, finiscono per porre sullo stesso piano autori di reati connotati da livelli di gravità molto diversi, sia perché risultano essere in contrasto con la funzione assegnata dall'ordinamento all'esecuzione penitenziaria.

2 La recidiva nel quadro di un sistema penale costituzionalmente orientato

2.1 La recidiva e il principio d'uguaglianza ex art 3, comma 1, Cost.

La previsione normativa della recidiva, così come quella delle altre forme di pericolosità sociale qualificate, quali l'abitudine, la professionalità e la tendenza a delinquere, sono state da sempre oggetto di contestazione sotto il profilo della legittimità costituzionale, in quanto si ritiene che possano rientrare nel novero di norme c. d. "costitutive" di uno *status* soggettivo³⁰⁶ che introduce delle "presunzioni legali di pericolosità in capo ad alcuni soggetti, ai quali vengono irrogate delle sanzioni differenziate solo per i loro "modo di essere" senza alcun nesso con il fatto commesso in ossequio ad un diritto penale dell'autore, più che del fatto. Tale norme presuntive sono pertanto contrarie al principio d'uguaglianza sancito dalla Costituzione all'art 3 in quanto introdurrebbero delle forme di

³⁰⁴ MARTINI A., *Commento agli artt. 7, 8 e 9 l. 5/12/2005 n. 251*, in *legisl. Pen.*, 2006, 478.

³⁰⁵ BRUNETTI C., *Le principali novità introdotte dalla legge, 251/2005, in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario*, in *Rass. Penit. e Crim.*, n.3 Ministero della giustizia, 2006, 28.

³⁰⁶ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma -Bari, 2004, 50.

discriminazione inaccettabile, contrario anche alla dignità umana.³⁰⁷ In linea generale ed astratta, le norme che fondano la rilevanza penale di un fatto sulla base delle caratteristiche personali e soggettive del reo, a prescindere dalla commissione dell'illecito, comportano, di fatto, una discriminazione tra coloro che non rientrano nella categoria di soggetti che presenta quelle specifiche qualifiche soggettive e coloro che, invece, rientrandovi potranno essere sottoposti ad una conseguenza penale più grave.³⁰⁸

Seppure astrattamente la recidiva possa sembrare che comporti la lesione del principio d'uguaglianza, è difficile sostenere che di per sé un trattamento penale differenziato per il recidivo costituisca una discriminazione priva di ragionevolezza. Il legislatore ha trovato una giustificazione sotto il profilo politico criminale per la sua repressione, potendola ancorare ad un fondamento di maggiore colpevolezza in senso retributivo, come anche ad un maggiore pericolosità, in senso special-preventiva, a seconda dello scopo della pena. È dunque in base alla finalità della pena che la recidiva sembra trovare un suo fondamento razionale. La recidiva, pur essendo collegata ad una condizione personale del reo, dipende da comportamenti illeciti precedenti, in quanto viene in rilievo solo al momento della commissione di un nuovo fatto illecito.³⁰⁹

Il trattamento differenziato previsto per il recidivo ha, infatti, superato il vaglio di legittimità costituzionale, sotto il profilo del rispetto del principio d'uguaglianza, in diverse occasioni. Emblematica è la pronuncia con la quale la Consulta ha cancellato dall'ordinamento l'aggravante della cosiddetta "clandestinità" prevista dal n.11 *bis* dell'art 61 c.p., introdotta dalla legge 23 maggio 2008 n. 29 misure urgenti in materia di pubblica sicurezza.³¹⁰

La considerazione della recidiva come indice di una intensa pericolosità ha indotto, inoltre, la giurisprudenza costituzionale a giustificare la restrizione, prevista per la recidiva reiterata, in relazione all'accesso al rito premiale del patteggiamento

³⁰⁷ FERRAJOLI L., *Diritti e ragione*, cit., 512.

³⁰⁸ DODARO G.D., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 397.

³⁰⁹ ROCCHI F., *La Recidiva tra colpevolezza*, cit., 462.

³¹⁰ Corte cost., 8 luglio 2010 n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741, con nota di NUZZO F., *Appunti sulla incostituzionalità dell'art 61, n. 11-bis c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 3741 ss.

allargato *ex art 444 c.p.p.*³¹¹ La Corte osserva che il legislatore «pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto ad altre forme di recidiva», tanto da costituire «elemento impeditivo dell'applicazione di numerosi istituti, quali l'amnistia, l'indulto, l'oblazione, la sospensione condizionale della pena»³¹² Il delinquente recidivo, può essere trattato “diversamente”, proprio perché più pericoloso. Non è dunque, nel mero divieto di discriminazioni, ricavabile dal comma 1 art 3 Cost. che è possibile rintracciare l'eventuale parametro d'incostituzionalità della previsione della recidiva.³¹³

2.2 La recidiva e il principio di offensività *ex art 25, comma 2, Cost.*

Il principio di offensività, inteso dalla dottrina come principio cardine del sistema penale, sembra secondo alcuni Autori «gettare una seria di ombre sulla legittimità costituzionale di numerose circostanze, la cui *ratio* è riconducibile a una maggiore colpevolezza dell'autore o alla sua maggiore pericolosità sociale»³¹⁴. Per vero, un diritto penale del fatto che non consente di fondare le aggravanti su mere presunzioni di colpevolezza o pericolosità e che, al contrario, richiede che sia sempre rintracciabile uno stretto legame tra le condizioni soggettive e il fatto di reato: ebbene, tale principio sembra essere violata dalla disciplina della recidiva, la cui logica non può spiegarsi con riferimento alla maggiore offesa arrecata al bene tutelato alla quale accede la recidiva.

La Corte costituzionale, infatti, sembra stia manifestando un «crescente ostracismo nei confronti delle tipologie punitive aggravatrici “d'autore”»³¹⁵ essendo passata da una valutazione di non manifesta irragionevolezza delle stesse ad una valutazione legata ad un vaglio positivo di ragionevolezza di simili

³¹¹ Cfr. Corte cost., Ord. 23 dicembre 2004. n. 421, in *Cass. pen.* 2005, 1565.

³¹² Corte cost., ord. 23 dicembre 2004 n. 421, in *Cass. pen.* 2005.

³¹³ Corte cost., 8 luglio 2010 n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741, relativa all'aggravante della clandestinità, la Corte ha ritenuto che la differenziazione punitiva fosse incentrata su condizioni personali e sociali che rendono indispensabile un controllo delle fattispecie sospette di violare la norma costituzionale.

³¹⁴ VIGANO F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giust cost.*, 2010, 3027 s.

³¹⁵ MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Riv. Trim. dir. Contemp.* 2012, 99 ss.

discriminazioni³¹⁶. In realtà, non sono molto numerose, le decisioni della Corte costituzionale volte a censurare incriminazioni fondate su “presunzioni di pericolosità di matrice soggettiva”. La prima pronuncia si ha con la sentenza n. 370/1996 che ha colpito l’art 708 c.p. (“*Possesso ingiustificato di valori*”), prototipo dei reati di sospetto.³¹⁷

La Consulta tramite il richiamo all’art 3 cost. aveva ritenuto infatti l’irragionevolezza della discriminazione dell’art 708 c.p. «nei confronti di una categoria di soggetti composti da pregiudicati per i reati varia natura o entità contro il patrimonio che siano colti in possesso di denaro o di oggetti di valore o di altre cose non confacenti al loro stato».³¹⁸

Il principio d’uguaglianza di cui all’art 3 cost. sembra però cedere il passo di fronte al principio di offensività nella sentenza n. 354/2002³¹⁹, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità della contravvenzione di cui all’art 688, comma 2, c.p.

Il condivisibile orientamento della Consulta è stato di recente sviluppato anche in riferimento alla circostanza aggravante comune c.d. della “clandestinità”, di cui alla 23 maggio 2008 n. 92 recante misure urgenti in materia di pubblica sicurezza. L’aggravante in oggetto è stata dichiarata illegittima dalla Corte con sentenza 249/2010 proprio perché ritenuta contrastante con i principi che caratterizzano un “diritto penale del fatto”.³²⁰ In particolare l’aggravante della clandestinità è stata riconosciuta in contrasto sia con il principio di eguaglianza dall’art 3 Cost. sia con quello di offensività dall’art 25, comma 2, Cost. ritenuti incompatibili con un «presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell’immigrato irregolare».³²¹ La *ratio* posta alla base della norma censurata era una presunzione

³¹⁶ Cfr PULITANO D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, 1022: «Nella giurisprudenza vi sono state notevoli aperture nel sindacato su presunzioni di pericolosità soggettiva, e una tendenziale chiusura nel sindacato su fattispecie di pericolo costruite secondo schemi presuntive».

³¹⁷ Sulla decisione Cfr. MAUGERI A. M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale, n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 434- 944.

³¹⁸ Corte cost., 6 novembre 1996, n. 370 in www.iusexplorer.it

³¹⁹ Corte cost., 17 luglio 2002, n. 345, in www.iusexplorer.it

³²⁰ Cfr. Corte cost., 8 luglio 2010, in *Cass. pen.* 2010, 374.

³²¹ Cfr. Corte cost, 8 luglio 2010, in *Cass. pen.* 2010, 3741. L’aggravante di “clandestinità” è una misura discriminatoria la cui rilevanza non viene meno per effetto dell’introduzione, avvenuta successivamente del reato di clandestinità. Si tratta invece di una situazione in cui si possono anzi verificare «possibili duplicazioni o

generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'imputato irregolare, che si rifletteva sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della penale da lui attuata, senza alcuna connessione con il fatto commesso.³²²

Così come nelle precedente sentenza n. 354/2002, anche in questa occasione la Corte ribadisce come il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo comporti illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su mere qualità personali del soggetto che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei rispetto al fatto- reato e privi di quelle correlazione necessaria che renderebbe ragionevole il severo trattamento. La Corte ritiene che, in assenza di tali condizioni, una simile previsione si rivelerebbe come una mera "responsabilità penale d'autore", ponendosi in violazione, altresì, con il principio di offensività.³²³

L'esito a cui è giunta la Corte nella sentenza n. 249/2010³²⁴ evidenzia un principio che riceve ora una conferma decisiva: il canone dell'offensività non consente che trattamenti sanzionatori differenziati possano basarsi su connotati d'autore *sic et simpliciter*. Di recente, la Corte ha puntualizzato in varie occasioni come non siano di per sé incompatibili con il principio di eguaglianza e offensività le presunzioni assolute di pericolosità, a condizione che costituiscano delle mere presunzioni c.d. relative. Un importante svolta chiarificatrice per un'interpretazione costituzionalmente orientata della recidiva è stata offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 249/2010. La Corte ha avuto cura di sottolineare che la previsione della recidiva è ragionevole e conforme al canone dell'offensività perché riguarda solo i "delitti non colposi" ed è pur sempre subordinata ad un "accertamento in concreto" da parte del giudice di una «relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo delitto da questi commesso, che deve risultare sintomatico [...] sul piano

moltiplicazioni sanzionatorie, tutte originate dalla qualità acquisita con un'unica violazione delle leggi sull'immigrazione ormai oggetto di autonoma penalizzazione e tuttavia priva di qualsivoglia collegamento con i precetti penali in ipotesi violati dal soggetto interessato». Lo straniero extracomunitario, cioè, viene punito una prima volta al momento del suo ingresso o soggiorno illegale e poi subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla persistenza della sua condizione di irregolare in relazione a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori. Una irragionevolezza per cui da una contravvenzione punita con sola pena pecuniaria possono discendere pene anche detentive protratte nel tempo.

³²² In senso adesivo alla pronuncia della Corte cost., si è espressa la dottrina, che riteneva la previsione «chiaramente ispirata alla logica del tipo "d'autore", che tra l'altro calpesta i principi costituzionali del diritto penale del fatto e di uguaglianza». Cfr. MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562.

³²³ Cfr. Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741.

³²⁴ Cfr. Corte cost., 14 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741.

della colpevolezza e della pericolosità sociale»³²⁵ alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata offerta dal diritto vivente. Dunque, il riconoscimento della discrezionalità del giudice sembra dunque essere l'unico strumento possibile per la compatibilità costituzionale della disciplina in parola così come risultante dalla riforma del 2005.

2.3 La recidiva e il principio di proporzione ex art 27, comma 3, Cost.

La recidiva rispetto ad alcune tipologie di reato potrebbe comportare una detenzione assai prolungata, e alla preclusione da alcuni benefici penitenziari per i recidivi reiterati. Tali conseguenze concrete possono altresì essere giudicate in contrasto con il principio costituzionale di proporzione della risposta sanzionatoria. Riguardo al piano dell'*an* della legittimità della recidiva e al *quantum* della relativa punizione, vengono in rilievo alcuni aspetti dell'attuale disciplina che sembrano in contrasto con il principio di proporzione della pena (aumenti di pena rigidi) e della necessaria finalità della pena rieducativa ex art 27, comma 3, Cost. I principi costituzionali che sembrano venire in rilievo, in simili contesti, sono il principio di legalità e di soggezione del giudice alla legge, da un lato, e il principio di uguaglianza, di personalità della responsabilità e della funzione rieducativa della pena, dall'altro.

La riserva di legge in materia penale ex art 25, co. 2, Cost. abbraccia infatti non solo i reati, ma anche le relative sanzioni. Le scelte in materia, "essendo di natura politica" è esercizio del potere discrezionale del Parlamento, ai sensi dell'art 28 legge n. 87/1953, sono state ritenute sottratte al controllo di legittimità della Corte. Tuttavia, il potere legislativo è anch'esso sottoposto a vincoli che la Costituzione pone all'esercizio della potestà punitiva statale assicurati da una rete di norme costituzionali ispirati ad esigenze di garanzia dagli arbitri giudiziari, al rispetto della personalità umana ed a finalità che il legislatore è tenuto a perseguire sul terreno della pena.

L'esigenza di conciliare la predeterminazione legale della pena (proporzione) con le istanze di individuazione del trattamento sanzionatorio è stato costantemente

³²⁵ Cfr. Corte cost., 14 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741.

affermato anche dalla Corte costituzionale. Più volte la Corte ha escluso qualsiasi contrasto tra il principio di legalità e tassatività della pena e la previsione di una cornice edittale, dichiarando che il principio di legalità e tassatività stabilito dall'art 25 comma 2 Cost. non impone al legislatore di indicare in maniera rigida la sanzione, ma che il modo idoneo per rispettare la finalità della pena e per salvaguardare il principio di uguaglianza è che il legislatore determini, fra un minimo ed un massimo, la situazione applicabile per ogni tipo di reato ad affidi al giudice il potere di determinarla, in concreto, entro i limiti stabiliti, tenendo conto della gravità del fatto commesso e dalla personalità del colpevole. La prima sentenza intervenuta in materia è la sentenza n. 15/1962³²⁶. Occorre precisare che la Corte costituzionale, per tradizione consolidato orientamento, è poco incline ad intervenire sulle scelte discrezionali del legislatore in materia penale.³²⁷

2.4 La recidiva e le preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari

L'ultimo problema di compatibilità costituzionale della disciplina della recidiva riguarda il suo trattamento penitenziario così come modificato dalla legge n. 251/2005 che ha introdotto un regime restrittivo per il recidivo reiterato, al quale è stato reso difficile l'accesso alle misure alternative al carcere. Tale scelta legislativa sembra aver comportata una significativa erosione del principio rieducativo che, nel nostro ordinamento, si declina attraverso le misure alternative. In effetti, i meccanismi di irrigidimento sanzionatorio sembrano confliggere con il principio costituzionale di individuazione della pena. L'impatto sul principio rieducativo di tali modifiche è stato inizialmente temperato attraverso l'opera di interpretazione costituzionalmente conforme della Cassazione e della Corte costituzionale.

La Corte, con la sentenza n. 291/2010, ha affermato che la preclusione opererebbe solo nei casi in cui il soggetto, condannato ad una pena detentiva inflittagli con sentenza applicativa della recidiva reiterata, sia stato già ammesso in precedenza ad una misura alternativa conclusa dopo la quale egli abbia commesso un

³²⁶ Corte cost., 12 marzo 1962, n. 15, in www.iusexplorer.it

³²⁷ È noto come la Consulta chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di singoli ipotesi di pena fissa, sia stata sempre molto cauta nel riconoscere profilo di illegittimità costituzionale., Corte cost., 19 luglio 1968, n. 109, in *Giurisp. cost.* 1968, 1697.

nuovo delitto. Soltanto in relazione a tale nuovo illecito, vigerebbe, dunque, la preclusione. Solo una simile interpretazione consentirebbe di ritenere che la scelta legislativa a favore di un regime differenziato per la recidiva reiterata sia giustificata e non «manifestamente irragionevole o arbitraria».³²⁸

Dunque, anche con riferimento alle preclusioni imposte dall'ordinamento penitenziario all'accesso ad alcune misure alternative, può riproporsi il problema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento penitenziario di presunzioni assolute d'incompatibilità con la finalità rieducativa, ritagliate su "tipi di autori". La stessa Corte di Cassazione ha affermato che la necessaria finalità rieducativa della pena non ammette sbarramenti all'accesso ai benefici penitenziari in forza del semplice titolo del reato.³²⁹ Anche nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria si ribadisce che non si possono comunque riscontrare ostacoli di natura costituzionale rispetto alla previsione di presunzioni "relative." In tale caso, infatti, la possibilità offerta al giudice di acquisire concreti elementi in grado di sovvertire il giudizio cristallizzato dalla norma, come ha rilevato la Corte costituzionale nella sentenza n. 255/2006,³³⁰ garantisce al magistrato di sorveglianza, nella concessione dei benefici penitenziari, il potere discrezionale di assicurare la progressività trattamentale e la flessibilità del trattamento sanzionatorio (sentenze nn. 445/1997 e 306/1993),³³¹ rendendo realmente possibile attuare così il principio di proporzione e di individualizzazione della pena, funzionale all'obiettivo della risocializzazione.³³² Al

³²⁸ Cfr. Corte cost., 14 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741.

³²⁹ Cfr. Corte cost. 4 luglio 2006, n. 257, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1231. che ha dichiarato incostituzionale l'art. 30-*quater* della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario), introdotto dall'art. 7 della c.d. legge *ex Cirielli* (n. 251/2005), nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore delle nuove disposizioni, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto. La corte ha ribadito che tra le finalità assegnate dalla Costituzione alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione

³³⁰ Corte cost 4 luglio 2006, n. 255, in www.iusexplorer.it

³³¹ Corte cost. 30 dicembre 1997, n. 445, in www.iusexplorer.it, e Corte cost 8 luglio 1993, n. 306, in www.iusexplorer.it

³³² Questo è stato ad esempio, il ragionamento seguito dalla Corte cost. 28 maggio 2010 n. 189, in www.iusexplorer.it nel «salvare» la norma prevista dal co. 1 dell'art 58-*quater* Ord. Pen. Attraverso una interpretazione adeguatrice, che consentendo di valutare, caso per caso, con motivazione approfondita, la personalità e le condotte concrete del condannato responsabile del reato di cui all'art 383c.p. permette di «evitare al contempo la lesione di diritti inviolabili della persona, il trattamento uguale di situazioni diverse, la vanificazione della funzione rieducativa della pena e la compromissione degli interessi della famiglia e dei figli minorenni, costituzionalmente protetti »

contrario, invece, non sembra condivisibile l'orientamento recente della Corte con la sentenza n. 291/2010³³³, in base al quale possono ritenersi ammissibili delle prestazioni assolute di pericolosità soggettiva in materia di divieto di una seconda concessione di una misura alternativa alla detenzione per la recidiva reiterata.

3 I nuovi scenari della recidiva

Dalle codificazioni precedenti in poi, l'istituto della recidiva è stato il principale strumento per dare ingresso nella pena alla pericolosità sociale in termini presuntivi. Da un lato in ordine al ruolo da essa giocato in sede di commisurazione, si consideri la sua qualificazione come circostanza aggravante o indice di commisurazione, ma si consideri soprattutto la sua obbligatorietà. Dall'altro lato, si tenga presente il potenziamento degli effetti indiretti capace di limitare o precludere l'applicazione di una molteplicità di istituti favorevoli al reo bisognosi di flessibilità per esigenze special-preventive.

D'altra parte, permane ancora l'esigenza di apprestare strumenti penali per il suo controllo.³³⁴ Tale esigenza non può essere soddisfatta dalla normativa della recidiva così come è stata configurata fino ad ora, essendo la stessa entrata in crisi con l'attuale assetto costituzionale. Per quanto riguarda gli effetti diretti, il principio costituzionale di proporzione obbliga a ricondurre la recidiva entro il limite della colpevolezza per il fatto, mentre il principio di personalità della responsabilità penale impone di attribuire una discrezionalità al giudice in ordine alla valutazione dei presupposti sostanziali per la dichiarazione della recidiva.

È alla luce di quanto detto che si deve ripensare la disciplina della recidiva. Per quanti riguarda gli effetti diretti, si possono delineare due diversi orientamenti. Il primo ritiene opportuno eliminare la recidiva come circostanza aggravante o come indice di commisurazione della pena.³³⁵ In secondo luogo, vi sono autori che invece

³³³ Corte cost., 14 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.* 2010, 3741.

³³⁴ PELISSERO M. *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 354 ss.

³³⁵ Cfr. DOLCINI E., *la "nuova" recidiva (legge 5 dicembre 2005, n. 251) in Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare.*, Milano, 2008, 33.

auspicano il suo mantenimento, accompagnato però da una riforma che stemperi il rigore delle conseguenze sanzionatorie.³³⁶

Per quanto riguarda la recidiva e i suoi effetti indiretti, il tema si inserisce in quello più ampio del trattamento dell'autore imputabile pericoloso. Sul punto si possono distinguere una volta di più due strategie. Da un lato, vi sono sistemi che hanno previsto la recidiva come presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza.³³⁷ Questa strategia suscita non poche perplessità, in quanto è lo stesso doppio binario a non convincere, dacché le misure di sicurezza tendono a identificarsi con le pene sul piano sia dei contenuti che delle funzioni, con conseguente violazione del principio di proporzionalità.³³⁸ D'altro lato, si può ipotizzare un trattamento differenziato del recidivo all'interno della pena³³⁹ che rappresenta una strategia preferibile, in quanto è nella configurazione di tale trattamento che si possono distinguere altre tre possibili opzioni. Anzitutto, la recidiva potrebbe continuare a svolgere un ruolo in "negativo" preclusivo o limitante. In sostanza sulla scia di una sentenza della Corte costituzionale del 19 dicembre 2012, n. 291³⁴⁰, la preclusione o limitazione potrebbe operare non solo in presenza di una pluralità di condanne, ma anche congiuntamente alla precedente applicazione del beneficio, dimodoché che la preclusione deriverebbe, quindi, nella sostanza da peculiari esigenze special-preventive. In secondo luogo, abbandonando il suo ruolo negativo di preclusione o limitativo, la recidiva potrebbe condizionare l'applicazione del beneficio in relazione all'idoneità di quest'ultimo a scongiurare la ricaduta nel reato. Con la conseguenza che l'applicazione dei vari istituti dell'esecuzione della pena dovrebbe essere subordinata a una valutazione concernente il rapporto tra il contenuto di tali istituti e il rischio di ricaduta nel reato, come in parte avviene per i permessi premio, la detenzione domiciliare e la semilibertà.

Infine, si potrebbe prevedere un trattamento differenziato in "positivo": si potrebbero prevedere quindi prescrizioni e adempimenti conformati alle esigenze

³³⁶ AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., 278 ss.

³³⁷ Cfr. PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 215 ss. un esame dettagliato di tali sistemi.

³³⁸ Cfr. BARTOLI R., *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2013, 720.

³³⁹ PELISSERO M. *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 3634.

³⁴⁰ Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 291, in www.iusexpolorer.it

concrete della personalità del recidivo, senza timore di configurare il trattamento in modo tale che le componenti sanzionatorie in chiave di sicurezza e maggior controllo a risultare anche prevalenti su quelle risocializzanti. Così facendo si finisce certo per penalizzare il percorso socializzante; tuttavia, è un dato ormai assodato che la recidiva si combatte con un trattamento in libertà che attraverso la neutralizzazione carceraria.

Conclusioni

La recidiva, nei suoi connotati di istituto giuridico e di fenomeno socio-criminologico, è da sempre oggetto e terreno di visioni contrastanti da parte della dottrina e della giurisprudenza, ma anche del legislatore. La recidiva è un istituto connesso a delicate questioni di Diritto penale, quali la finalità della pena e il rapporto intercorrente tra la pena e il fatto di reato, riflettendo essa così orientamenti di politica criminale. Storicamente, le controversie hanno riguardato di più la problematica della definizione del fondamento e della natura della recidiva al fine di stabilire se l'aggravamento della pena per il recidivo dipenda da un maggiore grado di colpevolezza o da una sua più intensa pericolosità proiettata nel futuro.

L'elemento che funge da presupposto per la recidiva è la presenza di una precedente sentenza di condanna irrevocabile: la maggiore riprovevolezza del recidivo discende quindi, dal fatto di non essersi adeguato al monito della precedente sentenza.

Nel Codice Zanardelli la figura di recidiva generica prevedeva un limite temporale di equivalenza e un effetto solo marginalmente commisurativa; l'aumento della pena riguardava invece la recidiva specifica e la reiterata.

Nel Codice Rocco viene invece rinforzato il rigore sanzionatorio costruito intorno all'importanza assegnata alla personalità del delinquente nella commisurazione della pena, molto più consistente rispetto al passato e connotato da un automatismo, dal momento che il giudice risulta dispensato dall'obbligo di applicare la recidiva solo nei casi di recidiva non specifica tra delitti non dolosi o tra contravvenzioni *ex art 100 c.p.* Rilevante anche l'introduzione di nuove figure di recidiva a tempo indeterminato e di recidiva semplice. L'effetto di aggravare la pena in misura generalizzata e presunta sulla base del certificato penale, è stato salvaguardato dalle altre conseguenze sanzionatorie e in modo particolare dalla esclusione e dal giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti.

La riforma del 1974 ha riformulato in chiave di maggiore mitezza la risposta sanzionatoria all'istituto della recidiva, da un lato riducendo i limiti edittali, dall'altro abolendo ogni automatismo degli effetti della circostanza poiché l'applicazione della recidiva viene sottoposta alla valutazione discrezionale del giudice. Tuttavia, il legislatore non ha fornito adeguate indicazioni per l'esercizio dei poteri discrezionali

del giudice. Il compromesso tra la recidiva obbligatoria del Codice Rocco e quello facoltativa della riforma del 1974 è attuato tramite il modello per cui l'*an* della recidiva è rimesso al potere discrezionale del giudice e il *quantum* è stabilito in misura fissa.

Con la riforma del 2005 viene tuttavia ripristinata, nei confronti del recidivo, la presunzione, introducendo parzialmente la figura della recidiva obbligatoria *ex art.* 99, comma 5, c.p. limitata solo alla recidiva reiterata. L'altro automatismo riguarda l'esclusione dalla partecipazione al giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 c.p.

La predisposizione di una disciplina differenziata per i soggetti recidivi ha comportato una serie di perplessità in dottrina e in giurisprudenza. La giustificazione costituzionale dell'istituto della recidiva richiederebbe l'assenza di elementi automatici consistenti nell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra lo *status* soggettivo di recidivo e il reato commesso.

La recidiva, essendo configurata come circostanza del reato, richiede invece un accertamento di tale relazione nel caso concreto, in modo che il singolo fatto di reato sia 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. Invero, la persistenza della figura di recidiva indeterminata rende necessario il recupero di principi fondamentali di individuazione delle sanzioni e di proporzionalità tra le stesse e il singolo fatto commesso dal reo.

Tale direzione è stata intrapresa dalla giurisprudenza, ripristinando i poteri discrezionali del giudice: negli ultimi anni la Corte costituzionale è intervenuta, da un lato, sull'istituto delle circostanze attenuanti generiche che permette di ridurre gli effetti sanzionatori e, da un altro, la Corte ha provveduto ad allentare parzialmente il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti nell'ambito del giudizio di bilanciamento delle circostanze *ex art.* 69 c.p. per la recidiva reiterata.

In definitiva il trattamento che il legislatore riserva alla recidiva finisce per presentarsi irragionevolmente troppo severo a fronte delle indicazioni del Consiglio europeo, che nella raccomandazione R(92) 17 invitava gli Stati membri a rinunciare a presunzioni legali d'automatismi nella dichiarazione della recidiva, sollecitando, nel caso dell'applicazione della recidiva, a ridurre o escludere gli effetti della recidiva quando sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla precedente condanna o quanto

il reato per cui si procede o oggetto della precedente pronuncia siano di natura bagatellare.³⁴¹

La recidiva rappresenta da sempre per il legislatore un problema prioritario dal momento che la criminalità recidivante costituisce il nucleo centrale della politica criminale. Nell'ambito delle politiche di contrasto alla recidiva possono ravvisarsi due modelli: il primo improntato a una strategia di tolleranza zero, applicato in USA, e il secondo invece più orientato alla risocializzazione e al contenimento degli effetti aggravanti, diffusa in Unione Europea.

Con la riforma del 2005, l'Italia ha perseguito un indirizzo ispirato alla tolleranza zero inserito in un sistema penale costruito sul principio di risocializzazione del recidivo. Le politiche volto ad attuare la risocializzazione trovano tuttavia spesso ostacoli nelle istanze di sicurezza sociale e di prevenzione generale, che, in ottica di ricerca di certezza della pena, finiscono per condurre alla carcerazione come unica risposta punitiva. L'idea di riportare la sanzione detentiva ad una estrema *ratio* e di favorire soluzioni alternative al carcere ha infatti, da un lato, un effetto deflativo, e, da un altro lato, comporta esiti positivi in termini di risocializzazione.

³⁴¹ Raccomandazione n. (92) 16 Comitato dei ministri del 19 ottobre 1992. Art D.

Bibliografia

- AMBROSETTI E.M. (1997). *Recidiva e recidivismo*. Padova: Cedam.
- AMBROSETTI E.M. (2011). Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari . in *Studi in onore di Mario Romano*, 678.
- ANTOLISEI F. (2003). *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano: Giuffrè.
- BARTOLI R. (2004). Voce Recidiva,. in *Enciclopedia del diritto., Annali, VII*, 885-908.
- BARTOLI R. (2006). Commento all'art 5 legge n. 251 del 5/12/2005. in *Legislazione penale*, 454 ss.
- BARTOLI R. (2013). Pericolosità, esecuzione differenziata della pena, carcere. in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 720.
- BARTOLI R. (2015). Recidiva obbligatoria ex art 99 5 comma c.p. : la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo. in *Giurisprudenza italiana*, 2484 ss.
- BATTISTA D. (2005). Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato. in *Diritto e giustizia*, 104.
- BENINIS S. (1978). Fondamento e natura della recidiva. in *Giustizia penale, II* , 471.
- BERNASCONI C. (2007). Recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze: duplice presa di posizione della Corte costituzionale. in *Criminalità*, 291 ss.
- BERNASCONI C. (2012). Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d., privilegiate e principio di proporzionalità: il caso della recidiva reiterata. in *Giurisprudenza Costituzionale, III*, 4057.
- BERTOLINO M. (2007). Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005. in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1139.
- BERTOLINO M. (2009). Il reo e la persona offesa, il diritto penale minorile. Parte generale,(a cura) GROSSO; PADOVANI; PAGLIARO. in *Trattato di diritto penale*, 141.
- BERTONI R. (1972). La riforma penale 1974, nella giurisprudenza Corte di Cassazione. in *Rivista italiana, diritto e procedura penale*, 1402.

- BERTONI R. (1976). La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Cassazione. *in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 160 ss.
- BETTIOL G. (1982). *Diritto penale parte generale* (11° ed.). Padova: Cedam.
- BETTIOL R. (1976). Pena retributiva e poteri discrezionale del giudice. *in Rivista italiana di diritto procedura penale*, 109.
- BISORI L. (2006). La nuova recidiva e le sue ricadute applicative apportate dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251 (a cura di) GIUNTA F. *in Le innovazioni al sistema penale*, 37 ss.
- BISORI L. (2012). La recidiva in sede di esecuzione. *in Diritto e procedura penale*, 47.
- BRICOLA F. (1965). *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*. Milano: giuffrè.
- BRUNELLI D. (2010). *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del codice Rocco*. Padova: Cedam.
- BRUNELLI D. (2012). Frammenti storici e attuali della recidiva. *in Speciale Recidiva Rivista diritto e procedura penale*, 5 ss.
- BRUNETTI C. (2006). Le principale novità introdotte dalla legge n. 251/ 05, in materia di esecuzione penale e diritto penitenziaria e criminologica. *in Rassegna penitenziaria e criminologica n. 3 Ministero della Giustizia*, 28.
- CANEPA M- MERLO S. (2006). *Manuale di diritto penitenziario*. Milano: Giuffrè.
- CARNELUTTI F. (1946). *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro italiano.
- CARRARA F. (1878). Lo stato della dottrina sulla recidiva., *in Opuscoli di diritto criminale, II*, 142.
- CARUSO G. (2006). La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere di discrezionale? *in Indizzo penale*, 557 ss.
- CARUSO G. (2008). La recidiva. *in Digesto disciplina penale IV*, 1043.
- CASSANO M. (2012). La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questione risolte, problemi ancora aperti, in La recidiva tra prassi e Costituzione, speciale recidive di diritto penale e processo. *in Rivista di diritto procedura penale*, 26 ss.
- CATTANEO M. A. (1978). *Il problema filosofico della pena*. Ferrara: Universitaria.

- CIPOLLA P. (2009). La legge del 2005/251 c. d. ex Ciriello . *in giurisprudenza di merito*, n. 5, 1185 SS.
- CIVOLI C. (1912). *Trattato di diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- COPPI E. (1995). Voce Reato continuato. *in Digesto disciplina penale*, XI, 229.
- CORBETA S. (2006). Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuoro", (a cura di) SCALFATI. *in Nuove norme sulla prescrizione e recidiva*, 72.
- CRESPI A. (2008). Art 99, (a cura di) CRESPI A.-STELLA F.- ZUCCALA G. *in commentario breve al Codice penale*, 398.
- D'AGOSTINO F. (1982). *Le buone ragioni della teoria retributiva*. Milano: Giuffrè.
- DASSANO F. (1999). *Recidiva e potere discrezionale del giudice*. Torino: Gianppichelli.
- DE FRANCESCO G.A. (2008). *Direitto penale*. Torino: Giappichelli.
- DE MARSICO A. (1941). Il primo decennale del Codice penale fascista . *in Annali Diritto e procedura penale*, 858-859.
- DE MARSICO A. (1941). Il primo decennale del Codice penale fascista a. *in Diritto e procedura penale*, 858-859.
- DELITALA G. (1950). Sul progetto preliminare del primo libro del Codice penale. *in Rivista italiana di diritto Penale*, 161.
- DELL'ANDRO R. (1950). *La recidiva nella teoria della norma penale*. Palermo: Priulla.
- DELL'ANDRO R. (1950). *La recidiva nella teoria della norma penale*. Palermo: Priulla.
- DINACCI E. (1988). Ancora incerta il fondamento della recidiva. *in Giustizia penale*, II, 65.
- DIOTALEGGEGGI G. (1997). La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella prospettiva nomofilatica delle Sezioni Unite. *in Cassazione penale*, 358.
- DODARO G.D. (2012). *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- DOLCINI E. (1979). *La commisurazione della pena, la pena detentiva*. Padova: Cedam.
- DOLCINI E. (1985). Voce potere discrezionale del giudice. *in Enciclopedia di diritto*, XXXIV, 744.

- DOLCINI E. (2005). Le due anime della legge "ex Cirielli". in *Corriere di merito*, 55 ss.
- DOLCINI E. (2008). La "nuova" recidiva (legge 5 dicembre 2005, n. 251) (a cura di) BERNARDI B- PASTOREB- PUGIOTTO A. Un percorso interdisciplinare . in *Legalità penale e crisi del diritto oggi* . , 33.
- DOLCINI E. (2007). La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia. in *Rivista italiano diritto e procedura penale*, 535.
- DONINI M. (2011). Sicurezza e diritto penale. in *Cassazione penale*, 3562.
- EUSEBI L. (1990). *La pena in "crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*. Brescia: Morcelliana .
- EUSEBI L. (1997). Dibattiti sulla teoria generale della pena e "mediazione". in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 811-837.
- FERRAJOLI L. (2004). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza.
- FERRI E. (1921). Relazione sul progetto preliminare di Codice pena italiano . in *La scuola positiva*, 1.
- FIANDACA G. (1987). Considerazione su colpevolezza e prevenzione. in *Rivista procedura penale*, 868.
- FIANDACA G. (2006). Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale, (a cura di) VASSALI G. in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, 131-145).
- FIANDACA G-MUSCO E. (2010). *Diritto penale. Parte generale*. Bologna: Zanichelli.
- IORE V-FIORE S. (2008). *Diritto penale. Parte generale*. Torino: Gianpichelli.
- FIORENTIN F. (2013). Un primo passo verso la riforma dell'ordinamento nella direttrice tracciata dal Piano sui nuovi istituti. in *Giuda al diritto*(29), 36 ss.
- FLORA G. (2005). Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione . in *Diritto penale e processo*, n 11, 1325 ss.
- FLORA G. (2008). Verso un diritto penale di tipo d'autore? in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 1325 ss.
- FLORIAN E.-NICEFORO A.-PENDE N. (1943). *Pena*. Milano: Giuffrè.

- FRANCO D.C- GIOSTRA G- VITTORIO G. (2015). *La riforma dell'ordinamento penitenziario*. Padova: Cedam.
- GATTA G.L. (2011). Attenuanti generiche al recidiva reiterata: cade un irragionevole divieto. *in Giurisprudenza costituzionale*, 2375.
- GIANGIACOMO B. (2009). *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251/2005*, *in Cassazione penale n. 10*.
- GIUNTA F. (2006). Commento all'art 6 l. n.251/2005,. *in Legislazione penale*, 464.
- GUERRINI F. (1978). Recidiva. Le modifiche apportatedall'art 9 del D.L. 11 Aprile 1974 n. 99. *in Studi senesi*, 55.
- KANT I. (1970). *La metafisica dei costumi*. BARI: Biblioteca Universale Laterza.
- LATAGLIATA A.R. (1958). *Contributo allo studio della recidiva*. Napoli.
- LATAGLIATA A.R. (1975). Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale,. *in Tommoso Natale*, 337.
- LEO G. (2012). La recidiva nella prospettiva costituzionale. *in Libro dell'anno*, 173.
- LEONARDI F. (2007). Le misure alternative alla detenzione tra reiserimento sociale ed abbattimento della recidiva. *in Rassegna penitenziario e criminologica, Ministero della Giustizia*, 7.
- MAGGIORE G. (1949). *Diritto penale. Parte generale* (5 ed.). Bologna: Giuffrè.
- MAGGIORE G. (1949). *Diritto penale. Parte generale* (Vol. 1). Bologna: Giuffrè.
- MALINVERNI. (1960). Voce Capacità a delinquere. *in Enciclopedia di diritto, VI*, 118.
- MALINVERNI A. (1960). Voce circostanze del reato. *in Enciclopedia VII*, 72.
- MANES V. (2007). Attualità e prospettive del giudicato di ragionevolezza in materia penale. *in Rivista italiana diritto e procedura penale*, 739.
- MANES V. (2012). I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza. *in Rivista trimestrale diritto contemporaneo*, 99.
- MANNA A. (2006). La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo. *in Ind penale*, 509 ss.
- MANTOVANI F. (2007). *Diritto penale. Parte generale* (6° ed.). Padova: Cedam.
- MANZINI V. (1899). *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*. Firenze: F.lli Cammelli.

- MANZINI V. (1981). Della recidiva. in *Tratratto di diritto penale Italiano*, 676.
- MANZINI V. (1981). *Trattato di diritto penale italiano, II*. Torino: Unione Tipografia Torinese.
- MARCHETTI P. (2000). Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo. in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'università di Macerata(195-1996)*, 39.
- MARINI G. (1965). *Le circostanze del reato. Parte generale*. Milano: Giuffrè.
- MARINUCCI G. (1974). Politica criminale e riforme del diritto penale. in *jus*, 482.
- MARINUCCI G. (2011). Soggettivismo e oggettivismo nel diritto. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale. in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1 ss.
- MARIO J- PINTORE A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- MARIO J.- PINTORE A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- MARTINI A. (2006). Commento agli articoli 7, 8, e 9 l. 5 dicembre 2005 n. 251, in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario. in *Rassagna penitenziaria e criminologica*, 478.
- MATHIEU V. (2008). *Perchè punire? il collasso della giustizia penale*. Milano: Liberilibri.
- MAZZA L. (1988). Recidiva. in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 68.
- MAZZA L. (2008). Recidiva e giudizio di bilanciamento tra circostanze. in *Studi senesi*, 416.
- MELCHIONDA A. (1987). Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva, . in *foro italiano, II*, 633.
- MELCHIONDA A. (2004). Le modifiche in materia di circostanza (a cura di) GIUNTA F. in *Le innovazioni al sistema penale*, 182 ss.
- MELCHIONDA A. (2006). Commento a legge 251/2005 , modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1974 in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comapazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura, di prescrizione. in *Legislazione penale*, 420.

- MELCHIONDA A. (2006). La nuova disciplina della recidiva. in *Diritto processuale penale*, 181 ss.
- MINERVINI M. (1975). L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali. in *Rassegna di diritto e procedura penale*, 1321.
- MOCCIA S. (1992). *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- MORSELLI E. (1977). Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa. in *Rivista italiano diritto procedura penale*, 115.
- MUSCATIELLO V. B. (2008). *La recidiva*. Torino: Giappichelli.
- MUSCATIELLO V.B. (2002). *Pluralità unicità di reati. Per una microfisica del molteplice*. Padova: Cedam.
- NATALINI A. (2006). La "nuova" recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei " delitti non colposi". in *Diritto e Giustizia n. 11*, 110.
- NEPPI MODONO G., P. (1997). La politica criminale durante il fascismo (a cura di) VIOLENTE L. La criminalità. in *Storia d'Italia, Annale 12*, 766.
- NOTARO D. (2013). La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: La consulta lina il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, in Cassazione penale, 2013. in *Cassazione Penale*, 1755.
- NUVOLONE P. (1982). *Il sistema del diritto penale*. Padova: Cedam.
- NUVOLONE P. (1982). Pena. in *Enc. dir. XXXII*, 787-817.
- NUZZO F. (2010). Appunti sulla incostituzionalità dell'art 61 , n. 11- bis c..p. in *Cassazione penale*, 3741 ss.
- PADOVANI T. (2006). Commento all'art 4, della legge 5 dicembre 2005 n.251. in *Legislazione penale*, 449 ss.
- PADOVANI T. (2006). Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabile. in *Guida al diritto, Dossier I, fasc.n.1*, 33, 32.
- PAGLIARO A. (1991). voce Sanzione: II) Sanzione penale. in *Enciclopedia giuridica Treccani. volume XX-VI*.
- PALAZZO F. (2006). *Corso di diritto penale. Parte generale*. Torino: Giappichelli.
- PALAZZO F. (2011, settembre 15). Un penalista del XXI secolo legge il Codice penale del 1930. in *Diritto penale XXI secolo*, 355.

- PEDRAZZI C. (1980). La nuova facoltatività della recidiva. *in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 304 ss.
- PELISSERO M. (2008). *Pericolosità sociale e doppio binario*. Torino: Giappichelli.
- PETROCELLI B. (1935). La funzione della pena. *in Rivista Diritto Penitenziario*, 1315.
- PIFFER G. (2010, Dicembre 30). *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: disciplina della recidiva*. Tratto da in www.penacontemporaneo.it: in www.penacontemporaneo.it
- PISAPIA G. D. (1956). Influenza della recidiva ai fini dell'applicabilità della prescrizione. *in Rivista italiana diritto e procedura penale*, 138.
- PISAPIA G. D. (1961). Riflessioni in tema di recidiva., *in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 967.
- PISTORELLI L. (2006). Ridotta la discrezionalità del giudice. *in Giuda diritto, dossier 1*, 61.
- PITTARO P. (1996). Recidiva. *in digesto delle discipline penalistiche, XI*, 363.
- PONTI G. -BETSOS M. (2008). *Compendio di criminalità*. Milano: Cortina Raffaello.
- POTETTI D. (2006). Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l.n 251/2005. *in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2467.
- PUGLIA F. (1890). *Manuelle di diritto penale*. Napoli: Ernesto Anfossi.
- PUGLIA F. (1903). Della Recidiva (a cura) di PESSINA E, Raccolta di monografia. *in Enciclopedia diritto penale Italiano*, 733.
- PULITANO D. (2008). Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali. *in Rivista italiano diritto e procedura penale*, 1022.
- RIONDATO S. (2008). Art 99, (a cura di) CRESPI A.- FORTI G.- ZUCCALA G. *in Commentario breve al codice penale*, 493.
- ROCCHI F. (2007). La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazione sul bilanciamento delle circostanze sugli effetti ad essa connessi. *in Cassazione penale*, 4097.
- ROCCHI F. (2015). Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo aumento sanzionatorio. *in Diritto procedura penale*, 1493.

- ROCCHI F. (2020). *La recidiva tra colpevolezza e Pericolosità, prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- ROMANELLI A. (1968). Aspetti giuridici e aspetti criminalogici della recidiva. in *Giustizia penale*, 225.
- ROMANELLI A. (1968). Aspetti giuridici e aspetti psicologici del recidivismo. in *Giustizia penale*, 225.
- ROMANO M. - GRASSO G. (2012). *Commentario sistematica del Codice penale, art 85-149, sub artt 99, 92 (4° ed.)*. Milano: Giuffrè.
- ROMANO M. (1968). Art 99. in *Commentario sistematico del codice penale, Giustizia penale, I*, 225.
- ROMANO M. (20012). Art 101, (a cura di) ROMANO M.-GRASSO G. in *Commentario sistematico del codice penale II*, 106.
- SCALFATI A. (2006). Cade il bilanciamento delle circostanze. in *Guida al diritto, Dossier 1*, 38.
- SCARLATA F. (1908-1909). Intorno alla recidiva(articoli (80-84) . in *supplemento alla Rivista penale, XVII*, 139.
- STILE A. M. (1976-77). La discrezionalità e politica penale giudiziaria. in *Studi Urbininiani*, 273.
- TORREBRUNO G. (1958). *La riforma dell'ordinamento penitenziario*. Roma: Italian.
- VARASSO G. (2003). *Il reato continuato tra procecesso ed esecuzione penale*. Padova: Cedam.
- VASSALI G. (1958). *Il potere discrezionale nella commisurazione della pena (Vol. II)*. Milano: Giuffrè.
- VIGANO F. (2012). Nuove prospettive per il controllo costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza. in *Rivista trimestrale diritto Contemporaneo*, 99 ss.
- Wenzel E– Briegel F. (2006). La récidive à l'épreuve de la doctrine penale (XVI- XIX siècle). Le criminel endurci. Récidive du moyen Age au XXe siècle. in *BRIEGEL F- PORRET M.*, 99.