

# — La recidiva: rinnovate riflessioni sulla sua ragion d'essere all'interno del sistema

Un'aggravante sempre più in tensione coi fondamentali principi di diritto: criticità attuali e prospettive future

***Recidivism: renewed reflections on its raison d'être within the system***

*An aggravating circumstance of the crime increasingly at odds with the fundamental principles of law: current issues and future perspectives*

*di Benedetta Marialiliana Ceresoli*

---

**Abstract.** Il presente contributo si inserisce nell'annoso dibattito sulla giustificazione della recidiva nel sistema penale italiano e prende in esame gli sforzi – pur di necessità parziali – che la giurisprudenza, in assenza di una disciplina normativa razionale e coerente rispetto ai principi ispiratori del sistema penale, ha progressivamente posto in essere per salvare la ragion d'essere di un tale istituto nel sistema.

A fronte dell'ultima riforma intervenuta in materia, ossia la Legge ex Cirielli del 2005 – ispirata dall'esigenza di trarre consensi presso la pubblica opinione piuttosto che dall'intento di arginare concretamente il fenomeno della ricaduta nel reato – il panorama di diritto attuale può dirsi nuovamente regredito ad una disciplina irrazionalmente afflittiva nei confronti dei recidivi e, in quanto tale, marcatamente in tensione coi principi di offensività, ragionevolezza, proporzionalità e tendenziale rieducazione cui dovrebbe viceversa tendere il legislatore penale, per espressa prescrizione costituzionale.

Tale riflessione, che costituisce il nucleo essenziale del contributo in parola, trova esplicita conferma nelle numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale che, a cominciare dalla riforma del 2005, hanno interessato il regime normativo cui è sottoposta l'attuale figura di recidiva, e impone allora di interrogarsi sull'attualità della necessità di una tale circostanza aggravante nel sistema.

Se è vero, infatti, che anche gli elementi personologici del reo possono essere a proprio modo idonei a caratterizzare in termini di maggiore o minore disvalore il fatto di reato commesso, è altresì

*vero che le precedenti condanne a carico del reo sono ormai potenzialmente in grado di determinare aggravati sanzionatori e modalità di esecuzione della pena eccessivamente severi, che in nulla rispecchiano l'idea di fondo di una tendenziale equità e proporzione la quale dovrebbe invece sempre improntare il rapporto tra sanzione e illecito commesso.*

*Di qui, l'interrogativo fondamentale sotteso alla futura configurazione dell'ordinamento penale: essere o non essere della recidiva, specie quale aggravante del reato?*

**Abstract.** *This paper is part of the long-standing debate concerning the justification of recidivism in the Italian criminal system and focuses on the – necessarily only partial – efforts that jurisprudence, due to the absence of a legal discipline actually inspired by the principles of the Italian penal system, progressively has made to save the *raison d'être* of such an institution within that framework.*

*Considering the latest reform on the matter, that is the ex Cirielli Law of 2005 – inspired more by the need to gather consent from public opinion rather than by the intent to concretely stem the phenomenon of relapse into the crime – once again the current penal system seems to have regressed to an irrationally afflictive discipline towards the "repeat offenders" and, therefore, it seems to be markedly at odds with the principles of offensiveness, reasonableness, proportionality and tendential re-education to which the Italian criminal legislator should instead aim at, by expressed constitutional prescription.*

*This reflection, which constitutes the essential nucleus of the paper, is explicitly confirmed in the numerous declarations of constitutional illegitimacy which, starting with the 2005 reform, have affected the Italian regulatory regime to which the current figure of recidivism is subjected, and therefore it requires questioning the actual need for such an institution to exist in the system.*

*In fact, if it is true that even the personological elements of the offender may be suitable for characterizing the crime committed in terms of greater or lesser value, it is equally true that, as a result of the ex Cirielli Law, the previous definitive judgments against the offender are now potentially able to determine excessively severe penalties and methods of execution, which in no way reflect the principles of fairness and proportionality that should instead always mark the relationship between the penalty and the crime committed.*

*Hence the fundamental question regarding the future configuration of the Italian criminal system: to be or not to be of the legal institution of recidivism?*

**SOMMARIO:** 1. Evoluzione storica della disciplina della recidiva. – 2. *Ratio* ispiratrice della Legge ex Cirielli. – 3. Aspetti problematici dell'attuale disciplina in tema di recidiva. – 4. Tra obbligatorietà e facoltatività della recidiva. – 4.1. Gli interventi della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 4 c.p. – 4.2. L'intervento della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 5 c.p. – 5. Le tensioni sottese alla attuale formulazione dell'art. 69 comma 4 c.p. – 5.1. Il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura oggettiva. – 5.2. Il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura premiale. – 5.3. Il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura soggettiva. – 6. Riflessioni conclusive sulla ragion d'essere della recidiva all'interno del sistema.

**SUMMARY:** 1. Historical evolution of the discipline of recidivism. – 2. The socio-political reasons underlying the *Ex Cirielli* Law. – 3. Critical aspects of the current discipline of recidivism. – 4. Recidivism: doubts about the compulsory or optional nature of the institution. – 4.1. The rulings of the Italian Constitutional Court regarding art. 99 paragraph 4 of the Criminal Code. – 4.2. The ruling of the Italian Constitutional Court regarding art. 99 paragraph 5 of the Criminal Code. – 5. The tension underlying the current wording of art. 69 paragraph 4 of the Criminal Code. – 5.1. The objective attenuating circumstances in the judicial balance. – 5.2. The reward attenuating

circumstances in the judicial balance. – 5.3 The subjective attenuating circumstances in the judicial balance. – 6. Concluding reflections on the *raison d'être* of the institution of recidivism within the Italian law system.

## 1. Evoluzione storica della disciplina della recidiva.

La recidiva, oltre ad aver rappresentato una costante nella storia del diritto in veste di fenomeno sociale<sup>1</sup>, sin dall'epoca del Codice Zanardelli (1889) si è risolta in un istituto che, nella sua essenza di aggravante in senso tecnico, ha costituito il terreno di confronto di prospettive e orientamenti contrastanti, senz'altro antitetici, affermatasi in dottrina, in giurisprudenza e, risalendo alla radice, a livello legislativo.

Ciò anzitutto si comprende chiaramente nel momento in cui ci si soffermi ad osservare i contrasti che, in occasione dei lavori preparatori al primo codice post-unitario, nacquero con riferimento alla ammissibilità stessa di questo tipo di aggravante: l'introduzione della recidiva nel sistema penale, invero, venne da una parte osteggiata da quella dottrina che sosteneva la più rigorosa concezione classico-retributiva della pena, poiché l'ammissibilità di un tale istituto avrebbe incrinato la tradizionale equazione pena-reato, avrebbe cioè significato legittimare l'irrogazione di una sanzione penale non strettamente commisurata al reato *ex se* commesso, bensì dipendente nel *quantum* anche da elementi personologici – e come tali soggettivi –, la cui rilevanza veniva appunto respinta dalla dottrina in questione<sup>2</sup>. D'altra parte, risultò assolutamente favorevole all'introduzione della recidiva la parte di dottrina opposta, poi prevalsa (seppur coi dovuti temperamenti), che sosteneva una concezione maggiormente soggettivistica del diritto penale e che, perciò, riteneva che si dovesse attribuire una rilevanza giuridica anche agli elementi personologici del reo, al fine di determinare la pena in concreto applicabile nei suoi confronti<sup>3</sup>.

In secondo luogo, il contrasto relativo alla configurabilità della recidiva – e, più in generale, il contrasto tra le due opposte concezioni, l'una oggettivistica e l'altra soggettivistica, del diritto penale affermatesi e sviluppatasi nel sistema penale italiano a partire dalla seconda metà dell'800 – emerge ove ci si soffermi ad analizzare le mutazioni e le innovazioni altalenanti a cui la circostanza aggravante in parola è stata sottoposta nel corso dell'ultimo secolo.

---

<sup>1</sup> La recidiva, infatti, si correlò al concetto di istinto punitivo prima ancora che a quello di diritto, con la conseguenza che, sin dagli ordinamenti più arcaici, essa costituì lo strumento tramite cui *in primis* vennero soddisfatte le istanze punitive promananti dal formante sociale e *in secundis* si tentò di scoraggiare i singoli individui dall'adozione di condotte riprovate dalla comunità.

Si noti, ad esempio, che già nel diritto indiano, il Manava Dharma Sastra – trattato indù databile tra il II sec. a. C. e il II sec. d. C. con valenza non solo religiosa ma anche giuridica – imponeva sanzioni sia giuridiche sia morali a carico di chi avesse violato ripetutamente le norme in esso contenute: in particolare, avverso il reo tale trattato prescriveva di ricorrere dapprima all'incarcerazione; e, poi, solo in caso di reiterazione della violazione, a metodi di coazione fisica, finanche, eventualmente, alla pena di morte.

<sup>2</sup> In questo senso, ad es., F. Carrara, in *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1860.

<sup>3</sup> Così, F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, CEDAM, 2017, p. 636; F. Rocchi, *La repressione della criminalità recidiva e abituale nel sistema penale italiano vigente*, in *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 30 e ss.

Nel Codice penale del 1889<sup>4</sup>, invero, la recidiva si connotò indubbiamente per una matrice di tipo liberale, che emerse soprattutto alla luce degli aumenti sanzionatori, fissi ma di scarso rigore, previsti a carico dei recidivi, nonché alla luce del limite massimo entro cui furono ammessi tali aggravii<sup>5</sup> e della temporaneità<sup>6</sup>, cui venne subordinata la possibilità di contestare l'aggravante in parola.

Tale matrice garantista, per contro, venne integralmente obliterata nella formulazione originaria del Codice Rocco (1930)<sup>7</sup>, il quale risultò infatti la consequenziale espressione del regime fascista in cui vide la luce. Ne derivò una disciplina della recidiva – generica, perpetua e obbligatoria, priva di limitazioni rispetto al *quantum* dei possibili inasprimenti sanzionatori dipendenti dall'applicazione della aggravante in questione – di stampo marcatamente illiberale e afflittivo.

Una tale impostazione, tuttavia, non poté resistere a lungo, soprattutto a seguito della edificazione del nuovo sistema costituzionale italiano (1948). Di nuovo, allora, con la riforma del 1974 (d. l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. da l. 7 giugno 1974, n. 220), alla aggravante della recidiva venne restituito un carattere più mite e indulgente e venne eliminato il carattere di obbligatorietà di tale circostanza; di riflesso, ai giudici venne così riconsegnato un ampio margine di discrezionalità da esercitare nel caso concreto, diretto a evitare che le conseguenze negative dell'istituto in parola potessero discendere automaticamente e meccanicamente dalla mera esistenza di precedenti condanne nel Casellario giudiziale<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. artt. 80, 81, 82, 83 e 84 c.p. Zanardelli.

<sup>5</sup> Art. 80 co. 3 c.p. Zanardelli: «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».

<sup>6</sup> Art. 80 co. 1 c.p. Zanardelli: «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».

<sup>7</sup> Art. 99 c.p., nella sua formulazione originaria: «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 (comma 1). 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 (comma 2). Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena è da un terzo alla metà (comma 3). 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 capoversi precedenti, è dalla metà ai due terzi (comma 4)».

<sup>8</sup> Art. 99 c.p., come modificato nel 1974: «Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato (comma 1). La pena può essere aumentata fino ad un terzo: 1) se il nuovo reato è della stessa indole; 2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena (comma 2). Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena può essere fino alla metà (comma 3). Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, può essere fino alla metà e, nei casi preveduti dai numeri 1) e 2) del primo capoverso, può essere fino a due terzi; nel caso preveduto dal numero 3) dello stesso capoverso può essere da un terzo ai due terzi (comma 4). In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato (comma 5)».

Proprio il venir meno dell'obbligatorietà dell'istituto in analisi, tuttavia, venne criticato da ampia parte della dottrina<sup>9</sup>, alla luce del fatto che il legislatore, se da una parte aveva conferito al giudice una maggiore potestà discrezionale – permettendogli così di attenuare nel caso concreto il rigore sanzionatorio proprio delle comminatorie edittali risalenti al 1930 –, d'altra parte non si era preoccupato di individuare dei canoni, dei principi-guida, che potessero guidare il giudice stesso nell'esercizio di tale potestà, sì da scongiurare il rischio che la discrezionalità giudiziale sconfinasse in un vero e proprio *arbitrium iudicis*, in violazione del fondamentale principio di legalità vigente in materia penale, cristallizzato all'interno dell'art. 25 comma 2 Cost.

Nell'ambito delle oscillazioni legislative è allora, da ultimo, intervenuta nel 2005 la Legge ex Cirielli (Legge 5 dicembre 2005, n. 251), al dichiarato scopo di reagire all'indulgenzialismo che si riteneva avesse preso a caratterizzare l'operato della giurisprudenza, preminentemente in ragione dell'ampio margine di discrezionalità attribuitole in materia proprio a partire dal 1974<sup>10</sup>.

Alla luce della riforma legislativa del 2005, l'art. 99 c.p. attualmente appare dunque così formulato:

«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 (comma 1). La pena può essere aumentata fino alla metà: 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole; 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena (comma 2). Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà (comma 3). 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 (comma 4). 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 (comma 5). 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 (comma 6)».

Come emerge dalla formulazione testuale di cui sopra, la riforma del 2005 ha innanzitutto inciso sugli aumenti di pena: *in primis*, questi sono stati resi più consistenti, sono cioè stati inaspriti; *in secundis*, ad alcuni di tali aumenti di pena (in materia di: recidiva semplice ex co. 1; recidiva pluriaggravata ex co. 3; e recidiva reiterata ex co. 4) è stato attribuito un carattere fisso, con la conseguenza che è stata preclusa al giudice la possibilità di graduare discrezionalmente il *quantum* aggiuntivo di pena da irrogare in presenza della recidiva.

---

<sup>9</sup> In questo senso, ad es., P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1982, p. 336; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 639.

<sup>10</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2014, p. 470.

In secondo luogo, il legislatore del 2005 è intervenuto sui reati-presupposto, circoscrivendo la recidiva ai soli delitti non colposi, escludendone di conseguenza la configurabilità in relazione ai delitti colposi e alle contravvenzioni. In occasione di uno degli interventi alla Camera registratisi nell'ambito dei lavori preparatori, lo stesso Ministro della Giustizia dell'epoca (Roberto Castelli) è intervenuto dichiarando come tale scelta legislativa, da un canto, avesse alla base una giustificazione empirica, consistente nella esigenza di introdurre un temperamento al maggior rigore della nuova disciplina, nell'ottica di un migliore equilibrio, e, d'altro canto, fosse rivolta a contenere l'aumento della popolazione penitenziaria che sarebbe derivato dalla riforma<sup>11</sup>.

Nonostante le giustificazioni offerte, gran parte della dottrina ha ritenuto tutt'altro che dimostrata la *ratio* politico-criminale della innovazione introdotta: taluni hanno sottolineato, in particolare, che essa non risulterebbe avere a proprio fondamento alcun retroterra di rinnovate riflessioni sulla relazione tra recidiva e tipo di reato<sup>12</sup>. Talaltri hanno evidenziato come sia irrazionale escludere *a priori* dall'ambito applicativo della recidiva la criminalità colposa e le contravvenzioni, poiché non necessariamente a tali fattispecie di reato corrispondono un ridotto grado di gravità, un minore allarme sociale e una meno spiccata vocazione alla reiterazione della violazione (basti pensare a materie quali la circolazione stradale o l'attività medico-chirurgica)<sup>13</sup>.

In terzo luogo, la Legge ex Cirielli ha introdotto una nuova figura di recidiva ex art. 99 comma 5 c.p., a carattere obbligatorio (così circoscrivendo in tal sede l'ampio potere discrezionale che nel 1974 era stato riconosciuto in capo al giudice), la quale viene specificamente in rilievo a fronte della commissione di uno dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. (ad es.: associazione di tipo mafioso; traffico di stupefacenti; delitti in materia di armi ed esplosivi) da parte del soggetto che sia già stato sottoposto a una precedente condanna definitiva. L'innovazione in parola è rilevante nell'ottica in cui, fino al 2005, il catalogo di reati di cui alla norma citata era sempre stato assunto a fondamento di un doppio binario in termini di disciplina processuale (ad es.: in materia di custodia cautelare), mai invece a fondamento di un istituto di carattere sostanziale, quale è la recidiva. Tuttavia, come ha evidenziato una parte della dottrina, è arduo individuare la *ratio*

---

<sup>11</sup> Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 560 di mercoledì 15 dicembre 2004, pp. 30 e ss. Roberto Castelli, Ministro della giustizia: «Perché attribuiamo grandissima importanza a tale emendamento? (...) Desidero precisare che la disposizione è mutuata dal sistema degli Stati Uniti (esiste, quindi, un'esperienza pregressa, un'esperienza reale sulla quale possiamo basarci per verificare la bontà delle misure che intendiamo introdurre e per fare previsioni fondate su dati di fatto). Gli Stati Uniti hanno applicato la politica che loro chiamano dello *strike* (chi si intende di baseball può capire). Sostanzialmente, alla terza recidiva, viene applicata una pena molto pesante, partendo dalla constatazione – suffragata da un'indagine sociologica – secondo la quale i soggetti che delinquono costituiscono una piccola parte della popolazione. Cos'è accaduto? A seguito dell'applicazione di una norma analoga a quella che vogliamo introdurre mediante l'emendamento 3.40 del Governo (successivamente, specificherò in quale modo quest'ultimo si rifaccia alla normativa statunitense), il numero dei delitti commessi negli Stati Uniti è drammaticamente crollato: nella sola città di Washington gli omicidi si sono dimezzati! Quindi, noi riteniamo che si potrà ottenere – soprattutto attraverso l'emendamento 3.40 del Governo – una significativa diminuzione dei delitti. 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. Dunque, sulla base delle esperienze di altri paesi simili ai nostri, sappiamo che questa norma funzionerà».

<sup>12</sup> In questo senso, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., pp. 470-471.

<sup>13</sup> In questo senso, E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 515 e ss.



sottesa a tale scelta di politica criminale, a fronte del fatto che non è *a priori* riscontrabile alcun nesso logico tra le tipologie di reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. e il giudizio di maggiore pericolosità che legittima l'applicazione della recidiva nei confronti del reo<sup>14</sup>. Il legislatore del 2005, per risultare più coerente, avrebbe tuttalpiù potuto collegare il regime di obbligatorietà della recidiva alla pena edittale prevista per il reato commesso<sup>15</sup>, piuttosto che introdurre in sostanza una ipotesi di maggiore pericolosità presunta, che mal si concilia col sistema di diritto penale italiano costituzionalmente orientato.

La Legge ex Cirielli, comunque, non si è limitata ad innovare la disciplina legislativa della recidiva, essendo per contro intervenuta anche su altre norme del Codice penale, come ad esempio sugli artt. 62-*bis* (in tema di attenuanti generiche) e 69 comma 4 (in tema di giudizio di bilanciamento delle circostanze) c.p., dalla riforma dei quali è emerso chiaramente che, tra le varie tipologie di recidiva, quella su cui ha maggiormente inciso l'intervento legislativo del 2005 è stata la recidiva reiterata.

Concentrandosi *in primis* sulle attenuanti generiche, occorre preliminarmente evidenziare che la loro configurabilità, prevista nel codice Zanardelli (1889), era stata esclusa invece nella formulazione originaria del codice Rocco (1930). Queste, per contro, vennero reintrodotte in un secondo momento per il tramite dell'art. 62-*bis* c.p. ex art. 2 del d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288, allo scopo di temperare il rigore sanzionatorio del c.p. del 1930: sotto tale profilo, in particolare, venne garantito un migliore adeguamento della pena al caso concreto e, contemporaneamente, si lasciarono inalterati gli indici sanzionatori edittali. In altri termini, la reintroduzione di questa tipologia di attenuanti costituì «un compromesso di politica legislativa tra la esigenza di minacciare astrattamente una pena grave, contenuta in limiti programmaticamente severi, e le esigenze di umanizzazione e di individuazione della sanzione penale»<sup>16</sup>.

Nella previsione del d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288 non venne imposta alcuna limitazione alla operatività delle attenuanti generiche con riferimento al soggetto recidivo. A riguardo, è invece intervenuto l'art. 1 della Legge ex Cirielli, che ha infatti voluto espressamente limitare la possibilità di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato.

In particolare, nel 2005 è stato escluso che la applicazione di tale tipo di attenuanti potesse avvenire ai sensi dell'art. 133 comma 1 n. 3 e comma 2 c.p., ossia in forza dei criteri soggettivi di commisurazione della pena, relativi alla intensità del dolo e al grado della colpa nonché più in generale alla capacità a delinquere, qualora il reo, già recidivo, avesse commesso un nuovo delitto – punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni –, rientrante nel catalogo di reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. Il legislatore del 2005 ha quindi limitato la operatività delle attenuanti generiche – a favore di una specifica categoria di recidivi reiterati – esclusivamente sulla base dei restanti criteri oggettivi di cui all'art. 133 c.p. (ad es.: natura, specie e mezzi del reato).

---

<sup>14</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 471.

<sup>15</sup> E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

<sup>16</sup> G. Contino, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963, p. 158.

Concentrandosi *in secundis* sul giudizio di bilanciamento delle circostanze, la riforma del 2005 è intervenuta allo scopo di limitare il potere discrezionale concesso al giudice in sede di commisurazione della pena. In particolare, l'art. 3 della Legge ex Cirielli ha introdotto il «divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti» (art. 69 comma 4 c.p.) nei confronti del recidivo reiterato<sup>17</sup>. Detto altrimenti, il legislatore del 2005 ha escluso che nel giudizio di bilanciamento la recidiva reiterata potesse risultare soccombente rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, ammettendo esclusivamente le ipotesi di prevalenza ed equivalenza di tale aggravante rispetto alle circostanze di matrice opposta.

Per concludere, la Legge ex Cirielli ha negativamente influito sulla disciplina applicabile nei confronti del recidivo reiterato anche sotto ulteriori aspetti – sostanziali, processuali ed esecutivi –, ad esempio: in materia di concorso formale di reati o di reato continuato, imponendo in via di principio un aumento di pena non inferiore a un terzo della pena inflitta per il reato più grave (art. 81 comma 4 c.p.); in materia di prescrizione, prevedendo a tal fine termini più estesi – sia per la recidiva reiterata, sia per quella aggravata (artt. 157 e 161 c.p.)<sup>18</sup> –, facendo così dipendere il tempo necessario ai fini dell'estinzione della potestà punitiva dalla carriera criminale del reo; in materia di esecuzione della pena, con riferimento alla fruibilità di istituti quali i permessi-premio (art. 30-*quater* o.p.), la semilibertà (art. 50-*bis* o.p.) e l'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47 o.p.).

## 2. *Ratio* ispiratrice della Legge ex Cirielli.

Come anticipato, sin dall'Ottocento – epoca in cui la recidiva iniziò ad attrarre l'attenzione dei penalisti italiani – in dottrina si è discusso sulla ragion d'essere dell'istituto in parola all'interno dell'ordinamento. La questione fondamentale che alimentava il dibattito riguardava più in generale il ruolo da attribuire alla personalità del reo nel diritto penale: la dottrina positivista, infatti, sin dal XIX sec. d.C. ha auspicato e poi sostenuto il riconoscimento della rilevanza degli elementi soggettivi, personologici, nel reato; per contro, la dottrina classica ha sempre guardato con diffidenza a una tale possibilità, ritenendo che mal si conciliasse con la concezione di diritto penale del fatto, caratterizzante gli ordinamenti moderni occidentali. A buon diritto, il dibattito in materia non ha potuto che riflettersi anche sull'istituto della recidiva, essendo questa per propria natura connotata da una marcata ambivalenza, la quale emerge dalla suscettibilità della

---

<sup>17</sup> La stessa limitazione è stata predisposta con riferimento alle circostanze aggravanti di cui agli artt. 111 e 112 comma 1 n. 4 c.p., in tema di determinazione al reato di persona non imputabile, non punibile, minore o in stato di infermità o di deficienza psichica.

<sup>18</sup> Sul punto, occorre evidenziare che la Legge ex Cirielli, modificando l'art. 157 c.p., non è specificamente intervenuta sull'istituto della recidiva, bensì più in generale sulle circostanze c. d. ad effetto speciale – tra le quali, per l'appunto rientra ad oggi per opinione maggioritaria la recidiva – qualificandole come rilevanti ai fini della determinazione del termine necessario a prescrivere i singoli reati. Per contro, invece, la l. 7 dicembre 2005, n. 251 è specificamente intervenuta sulla recidiva, nel momento in cui ha modificato la formulazione dell'art. 161 c.p.



recidiva medesima di assumere rilievo tanto sul piano della colpevolezza<sup>19</sup> quanto sul piano della capacità criminale, della pericolosità<sup>20</sup>, del reo.

Le criticità sottese alla recidiva si sono poi moltiplicate, comprensibilmente, all'alba dell'implementazione del nuovo sistema costituzionale, il quale infatti – rispettivamente entro gli artt. 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. – ha cristallizzato la concezione di un diritto penale di matrice oggettivista, le cui pene devono immancabilmente tendere alla rieducazione del reo. Tuttavia, la recidiva si pone in evidente tensione con un sistema di valori di tal fatta. Invero, *in primis* la configurabilità dell'istituto in questione perviene ad incrinare la tradizionale equazione pena-reato, legittimando l'irrogazione di una sanzione penale non strettamente commisurata al reato *ex se* commesso, bensì dipendente nel *quantum* anche da elementi personologici del tutto sconnessi rispetto al fatto-reato, e così reintroduce nell'ordinamento elementi propri di un diritto penale d'autore, in netto contrasto col principio di offensività desumibile ex art. 25 comma 2 Cost.

*In secundis*, la recidiva, pregiudicando un equo rapporto tra il *quantum* di pena irrogato e il fatto di reato integrato, rischia di compromettere il fine ultimo cui la pena stessa deve tendere ex art. 27 comma 3 Cost., ossia quello della rieducazione, poiché il reo potrebbe non essere posto nelle condizioni di comprendere e interiorizzare il messaggio comunicativo da parte dell'ordinamento sotteso alla sanzione e potrebbe così percepire la pena ricevuta come ingiusta; sicché essa diverrebbe allora *a priori* inidonea alla risocializzazione del suo stesso destinatario.

L'intervento della Legge ex Cirielli, da ultimo, ha gettato nuove e ulteriori ombre sulla recidiva. La legge citata, infatti, è l'esito di una scelta di politica criminale, la quale trova il proprio fondamento nel concetto di mera prevenzione, di pura neutralizzazione negativa (o incapacitazione), a discapito del concetto di reinserimento sociale, cui la pena dovrebbe invece sempre tendere, per espressa prescrizione dell'art. 27 comma 3 Cost. Più specificamente, tale riforma costituisce la conseguenza di una scelta di politica criminale populista, che è stata incentivata dal crescente e generalizzato senso di insicurezza – meramente apparente in quanto in contrasto rispetto alla progressiva riduzione dei tassi di criminalità che si è registrata a partire dagli anni '90 – colpevolmente veicolato dai *mass media*<sup>21</sup>.

Per il tramite della Legge ex Cirielli, in sostanza, il legislatore ha voluto infatti segnalare alla popolazione la presa in carico da parte dello Stato delle istanze punitive (tipicamente irrazionali) promananti dal formante sociale, le quali erano indirizzate a quella specifica criminalità percepita come maggiormente diffusa e, dunque, *a priori* come maggiormente bisognosa di essere arginata. Ne è derivata una svolta legislativa alla «insegna di una indiscriminata severità»<sup>22</sup>, caratterizzata invero dall'irrigidimento e dall'innalzamento degli aumenti di pena rilevanti ai sensi dell'art. 99 c.p., nonché dall'inasprimento del trattamento del recidivo stesso nella fase di esecuzione della pena.

---

<sup>19</sup> Nell'ottica in cui il nuovo delitto non colposo è inteso come sintomo di una acquisita maggiore colpevolezza del reo.

<sup>20</sup> Nell'ottica in cui il nuovo delitto non colposo è inteso come sintomo di una acquisita maggiore probabilità di ricaduta futura nel reato da parte del reo.

<sup>21</sup> Del medesimo avviso risulta anche F. Rocchi, *La «controriforma» della recidiva del 2005*, cit., pp. 157 e ss.

<sup>22</sup> E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

E le criticità in materia aumentano nel momento in cui si considera la fisionomia dei soggetti qualificabili come recidivi: i destinatari elettivi di questa svolta repressiva, infatti, non risultano essere tanto gli autori di delitti violenti, quanto piuttosto prevalentemente gli autori di lievi delitti contro il patrimonio ovvero di delitti in materia di stupefacenti. In breve, sono tossicomani e criminali da strada i bersagli della riforma del 2005, i destinatari privilegiati del carcere; e ciò in ragione della frequenza – più che della qualità, ossia della gravità – delle relative manifestazioni criminali.

In un'ottica di diritto comparato, la Legge ex Cirielli risulta allora sicuramente apparentabile alle leggi americane "*three strikes and you're out*", tanto sul piano delle prescrizioni ivi contenute quanto sul piano della matrice politico-criminale populista che le ha ispirate.

Con l'espressione "*three strikes laws*" – mutuata dal baseball – si fa in particolare riferimento a una serie di provvedimenti legislativi che si sono diffusi a partire dagli anni '90 negli USA e tramite cui sono stati normativamente imposti aggravati sanzionatori tanto elevati a carico dei soggetti recidivi<sup>23</sup>, da aver reso irrazionalmente iniquo e repressivo il sistema di giustizia penale americano.

Il regime americano in parola, certamente, costituisce il massimo coronamento della politica di *zero tolerance* cui è risultato ispirato e, perciò, per buona sorte, non risulta integralmente apparentabile al regime introdotto in Italia in occasione della Legge ex Cirielli, la quale infatti non prevede pene così lunghe e afflittive a carico dei recidivi. Tuttavia, si tratta di scelte legislative assimilabili sotto diversi altri aspetti: primo tra tutti, quello relativo alla massiva incarcerazione di delinquenti di pericolosità medio-bassa, per lassi di tempo tutt'altro che irrilevanti (con conseguenze notevoli in termini di effetti criminogeni), che un tale tipo di scelte di politica criminale necessariamente ha implicato.

Risulta ben condivisibile, a questo punto, la critica mossa avverso le *three strikes laws* americane nonché avverso la Legge ex Cirielli italiana, secondo cui queste riforme sarebbero figlie di un «panico morale»<sup>24</sup> incentivato dai *mass media* e sarebbero volte a guadagnare consensi presso la pubblica opinione, piuttosto che a ottenere risultati concreti in termini di riduzione del tasso di recidiva, adempiendo in sostanza una funzione meramente simbolica. E, anzi, spingendosi oltre, è tutt'altro che censurabile la conclusione molto critica a cui perviene una parte della dottrina, secondo cui entrambe le riforme – quella americana e quella italiana – costituirebbero una espressione di quel «diritto penale che esaspera, anziché mitigare, le iniquità sociali, contribuendo ad affossare chi è già in difficoltà»<sup>25</sup>.

Aspetto, questo, che risulta ancor più evidente se si considera specificamente il recidivo reiterato, rispetto al quale, ad esempio, anche Pavarini all'alba dell'entrata in vigore della Legge ex Cirielli evidenziava che «il marchio di Caino viene impresso a fuoco solo per

---

<sup>23</sup> A. Della Bella, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 832-864.

<sup>24</sup> F. Bottalico, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006, pp. 17 e ss.

<sup>25</sup> A. Della Bella, *Three strikes and you're out*, cit.

il fatto di essere qualificato recidivo reiterato. E una volta impresso, non può più essere cancellato, con tutto quello che ne consegue. Si è e si rimane per sempre e comunque socialmente pericolosi. Insomma: una pericolosità “permanente” e “indifferente” alla stessa osservazione empirica. Indifferente anche all'evidenza, come nel caso che il recidivo-specifico fosse in grado di dare prova non altrimenti confutabile della sua cessata pericolosità»<sup>26</sup>.

### 3. Aspetti problematici dell'attuale disciplina in tema di recidiva.

Indipendentemente dalla condivisibilità delle argomentazioni poste alla base dei rilievi critici presentati da ampia parte della dottrina con riguardo alla riforma intervenuta nel 2005 in materia di recidiva, non si può non evidenziare che tale ultimo intervento legislativo ha introdotto nel sistema una disciplina altamente in tensione con diversi principi di derivazione costituzionale<sup>27</sup> che improntano la materia penale; e, per tale motivo, l'attuale normativa in tema di recidiva, dal 2011 ad oggi, è stata in più occasioni sottoposta dalla giurisprudenza al vaglio della Corte costituzionale<sup>28</sup>. In particolare:

- talune pronunce del Giudice delle leggi hanno avuto ad oggetto il tema del carattere obbligatorio di alcune figure di recidiva, che sembrava emergere a fronte della nuova formulazione testuale dell'art. 99 commi 4<sup>29</sup> e 5 c.p.;

- talaltre pronunce hanno invece avuto specificamente ad oggetto la questione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata previsto ex all'art. 69 comma 4 c.p., nonché la disciplina introdotta ai sensi dell'art. 62-bis comma 2 c.p., in materia di circostanze attenuanti generiche.

### 4. Tra obbligatorietà e facoltatività della recidiva.

#### 4.1. Gli interventi della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 4 c.p.

Concentrandosi innanzitutto sulle vicende che hanno riguardato l'art. 99 comma 4 c.p. (ai sensi del quale – si ricordi – «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

---

<sup>26</sup> M. Pavarini, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *Studi sulla questione Criminale*, n. 2, anno I, 2006, pp. 7-29.

<sup>27</sup> In specie, principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 cost.), principio di offensività (art. 25 co. 2 cost.), principio di colpevolezza (art. 27 co. 1 cost.) e principio di proporzionalità (art. 27 co. 3 cost.).

<sup>28</sup> Il tema è analizzato, in relazione a talune delle occasioni *de quibus*, anche da: F. Rocchi, *La recidiva e le misure di sicurezza nel quadro di un sistema penale costituzionalmente orientato*, in *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., pp. 451 e ss.; A. Melchionda, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la cassazione si avvicina alla “chiusura del cerchio”*, in *Sist. pen.*, 2021, pp. 156 e ss.

<sup>29</sup> Le conclusioni che sono state tratte circa la natura obbligatoria ovvero facoltativa di tale figura di recidiva sono estendibili alla recidiva pluriaggravata di cui all'art. 99 comma 3 c.p., dato che anche con riferimento a tale fattispecie di recidiva il legislatore nel 2005 ha previsto che «qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà». La differenza, però, sta nel fatto che l'art. 69 comma 4 c.p. blinda gli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee solo con riferimento all'art. 99 comma 4 c.p., non anche con riferimento all'art. 99 comma 3 c.p.; di conseguenza, le questioni più spinose si sono poste tra gli interpreti esclusivamente con riferimento alla recidiva reiterata.

secondo comma, è di due terzi») occorre sottolineare che effettivamente dopo l'entrata in vigore della riforma del 2005 era stata prospettata da taluni autori<sup>30</sup> una nozione particolarmente ristretta del concetto di «facoltatività» della recidiva reiterata: esistendone infatti i presupposti formali, da una parte il giudice avrebbe dovuto dichiarare – previa contestazione da parte del pubblico ministero – tale forma di recidiva (di qui il carattere obbligatorio della recidiva in analisi), dall'altra avrebbe potuto scegliere se applicare o meno l'aumento di pena da essa derivante (di qui il carattere facoltativo riferibile esclusivamente all'effetto *quoad poenam* della recidiva). Quanto agli ulteriori effetti indiretti che dalla dichiarazione della recidiva tipicamente conseguono (ad es., in materia di: bilanciamento di circostanze, ex art. 69 comma 4 c.p.; sospensione condizionale della pena, ex artt. 163 e ss c.p.; perdono giudiziale, ex art. 169 c.p.; e riabilitazione, ex art. 179 c.p.), questi sarebbero per contro dovuti derivare automaticamente dalla mera verifica, a opera del giudice, della corretta contestazione della recidiva da parte del pubblico ministero.

Accoglieva questo tipo di impostazione una parte della giurisprudenza di legittimità, risultando in tal senso centrale, ad esempio, una sentenza della Corte di cassazione del 2007, nella cui motivazione si legge infatti che: «la giurisprudenza pressoché costante è nel senso che la nuova disciplina della recidiva [...] ha sancito soltanto la facoltatività dell'aumento di pena e non anche degli altri effetti penali connessi alla recidiva. Pertanto, è *ius receptum* che il giudice è vincolato ad applicare la recidiva, una volta accertato che sia stata correttamente contestata. Mentre, la discrezionalità riguarda solo la scelta di aumento o meno di pena, fermo restando che, in ogni caso, la recidiva ha gli altri effetti penali per essa stabiliti dalla legge [...]. La recidiva, al pari di ogni circostanza “inerente alla persona del colpevole”, in caso di concorso con altre circostanze aggravanti e attenuanti, comporta l'operatività delle regole stabilite dall'art. 69 c.p., come espressamente stabilito dal comma 4 dello stesso articolo [...]. Ne consegue che la recidiva è soggetta al meccanismo giuridico del giudizio di comparazione delle concorrenti circostanze attenuanti, indipendentemente dalla valutazione *ex ante* che il giudice possa già effettuare sull'aumento o meno di pena»<sup>31</sup>.

Un orientamento interpretativo opposto<sup>32</sup>, per contro, ha ritenuto di offrire una lettura diversa della nuova formulazione testuale dell'art. 99 comma 4 c.p., così come modificato dalla Legge ex Cirielli. Nello specifico, sulla base di tale interpretazione, «l'aumento della pena è [...]» – in sostituzione della locuzione «la pena può essere aumentata [...]» – implicherebbe evidentemente un carattere di imperatività, non più di potenzialità, il quale tuttavia si riferirebbe alla sola obbligatorietà dell'aumento di pena in misura fissa previsto per tale tipologia di recidiva, non anche al potere discrezionale *ex se* del giudice di riconoscere e applicare o meno tale aggravante. In tale ottica, in breve, in capo al giudice resisterebbe la possibilità di verificare se in concreto sussistano i presupposti della recidiva e, quindi, di scegliere se dichiarare e applicare o meno la circostanza in parola; tuttavia, una volta determinatosi in senso positivo, costui perderebbe il potere di regolare l'entità dell'aggravio di pena<sup>33</sup>. Questa impostazione si

---

<sup>30</sup> In questo senso, ad es., T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, pp. 32-37.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302, Ben Hadhria, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4081.

<sup>32</sup> In questo senso, ad es., F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 639.

<sup>33</sup> A. Scalfati, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, dossier n. 1, 2006, pp. 38 e ss.

fonda sulla convinzione secondo cui la recidiva semplice di cui all'art. 99 comma 1 c.p. costituisce una figura generale, rispetto a cui le fattispecie di recidiva di cui all'art. 99 commi 2, 3 e 4 c.p. vanno allora percepite alla stregua di mere specificazioni, non di figure autonome, tanto sul piano strutturale quanto sul piano normativo. Alla luce di ciò, per tali interpreti, la sola ipotesi di recidiva obbligatoria dovrebbe essere quella di cui all'art. 99 comma 5 c.p., con riferimento alla quale è stato lo stesso legislatore a sancire *expressis verbis* che «l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio».

Decisiva nel segnare una svolta interpretativa nella direzione appena illustrata è stata una sentenza della Corte di cassazione, la quale ha correttamente evidenziato che: «il contrasto giurisprudenziale [...] discende dalla generale considerazione secondo cui la facoltatività concerne solo l'aumento di pena, ma non la sussistenza della recidiva [...]. Tale impostazione, però, finisce con lo stravolgere l'istituto stesso della recidiva, intesa come circostanza aggravante inerente alla persona, giacché ne deriverebbe l'applicazione ad altri effetti, pur se in concreto è stato escluso l'aumento di pena»<sup>34</sup>. Nella sentenza appena citata, la Corte ha preso poi posizione, esprimendo la propria adesione alla concezione secondo cui la recidiva necessita di essere prima contestata dal pubblico ministero e in seguito dichiarata, riconosciuta, dal giudice, affinché possa concretamente esplicare la propria operatività, i propri effetti diretti e indiretti. Ma, a monte, il giudice deve ravvisare nel nuovo delitto non colposo commesso gli estremi della maggiore colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, per poter dichiarare la recidiva.

Individuati i due orientamenti interpretativi contrastanti che si erano formati in materia di recidiva reiterata all'alba dell'entrata in vigore della Legge ex Cirielli, occorre ora evidenziare che soprattutto i giudici che sostenevano la tesi della obbligatorietà di tale aggravante, in diverse occasioni, hanno formulato a partire dal 2005 censure di illegittimità costituzionale, sulla base delle quali è stato principalmente sostenuto che l'art. 99 comma 4 c.p. avrebbe introdotto una indebita limitazione del potere (e dovere) del giudice di adeguamento del *quantum* di pena al caso concreto, tramite la imposizione di un automatismo sanzionatorio e, corrispettivamente, di una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato. Ammettendosi l'obbligatorietà della nuova recidiva reiterata, infatti, la mera esistenza di una o più condanne definitive per delitti non colposi imputabili al recidivo avrebbe inevitabilmente implicato la limitazione degli esiti del giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 comma 4 c.p., precludendo così al giudice di poter dosare il trattamento sanzionatorio in rapporto alle diverse situazioni in concreto prefigurabili. In altri termini, secondo i giudici *a quibus*, la nuova formulazione dell'art. 99 comma 4 c.p., a fronte della limitazione prescritta ex art. 69 comma 4 c.p., sottendeva il rischio da parte del giudice di dover imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate rispetto all'entità del fatto, con una conseguente frustrazione della finalità rieducativa della pena ai danni del recidivo.

Alla luce di quanto detto, emerge come, sul piano strettamente giuridico, il combinato disposto di cui agli artt. 69 comma 4 e 99 comma 4 c.p. sia stato tacciato di illegittimità costituzionale per violazione dei seguenti parametri costituzionali:

---

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. IV., 11 aprile 2007 (ud. 11 aprile 2007, dep. 03 maggio 2007), n. 16750, Serra, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4084.

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.) – che impongono di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo razionalmente differenziato situazioni diverse – nell’ottica in cui la disciplina censurata avrebbe rischiato di imporre una equiparazione dei recidivi reiterati assolutamente indiscriminata, priva di *ratio*, in quanto indipendente dalle caratteristiche dei delitti oggetto delle condanne precedenti (ad es.: tipologia e indole di delitto; epoca della commissione del delitto; movente del delitto);

- principio della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), in ragione del fatto che la disciplina censurata avrebbe rischiato di imporre al giudice di blindare gli esiti del giudizio di bilanciamento, quand’anche in concreto costui non avesse ritenuto che la commissione del nuovo delitto non colposo fosse effettivo sintomo di una acquisita maggior colpevolezza e di una maggior capacità a delinquere del reo. Ciò avrebbe infatti portato il giudice a irrogare inevitabilmente una sentenza sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso e, come tale, radicalmente inadeguata ad adempiere una funzione rieducativa.

La Corte costituzionale, specificamente, si è pronunciata sull’interpretazione dell’art. 99 comma 4 c.p. in due distinti momenti<sup>35</sup>, in occasione dei quali ha dimostrato di essere consapevole dell’emersione in giurisprudenza e in dottrina di entrambe le alternative esegetiche sopra proposte.

Nella sentenza n. 192 del 2007, in particolare, il Giudice delle leggi – pur non giungendo a esprimersi nel merito – ha evidenziato come l’accoglimento dell’una o dell’altra opzione interpretativa assuma un rilievo centrale al fine di dirimere i dubbi di legittimità relativi all’art. 69 comma 4 c.p. Infatti, posto che risulterebbe problematico sul piano logico ammettere che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale ma sia idonea a determinare, per contro, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato, solo qualora si escluda l’obbligatorietà della recidiva reiterata, sarebbe possibile escludere anche l’esistenza di quell’automatismo sanzionatorio, relativo alla limitazione degli esiti del giudizio di bilanciamento di cui all’art. 69 comma 4 c.p., della cui legittimità si discuteva. E ciò a fronte del fatto che, come aveva già sottolineato la recente giurisprudenza di legittimità<sup>36</sup>, il carattere facoltativo dell’aggravante in parola consentirebbe all’autorità giudiziaria di riconoscere e applicare il rispettivo aggravio sanzionatorio, solo qualora il nuovo delitto non colposo risulti essere concretamente indicativo di una maggior colpevolezza e di una maggiore capacità a delinquere del reo; e, conseguentemente, solo in tale ipotesi il giudice vedrebbe limitato il proprio potere discrezionale in sede di giudizio di bilanciamento.

Comunque, come si è accennato, in occasione della sentenza n. 192 del 2007 la Corte costituzionale non si è espressa sul merito della questione, ossia sulla legittimità dell’art. 69 comma 4 c.p.: e ciò poiché i giudici *a quibus* non avevano impiegato i propri poteri interpretativi al fine di valutare preventivamente la possibilità di salvare la legittimità della norma censurata attraverso una interpretazione adeguatrice dell’art. 99 comma 4

---

<sup>35</sup> Corte cost., sent. 5 giugno 2007 (dec. 5 giugno 2007, dep. 14 giugno 2007), n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 3, p. 1842; e Corte cost., ord. 21 novembre 2007 (dec. 21 novembre 2007, dep. 30 novembre 2007), n. 409, in *Dir. giust. online*, 2007.

<sup>36</sup> In questo senso, ad es., Cass. pen., Sez. IV., 11 aprile 2007 (ud. 11 aprile 2007, dep. 03 maggio 2007), n. 16750, Serra, cit.



c.p., che potesse offrire una soluzione conforme ai precetti costituzionali. Il Giudice delle leggi, in particolare, ha evidenziato che «la mancata verifica preliminare – da parte dei giudici rimettenti, nell’esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie), comporta – in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte – l’inammissibilità delle questioni sollevate»<sup>37</sup>. Orientamento, questo, che risulta conforme rispetto alla *ratio* secondo cui le disposizioni di legge non possono essere dichiarate costituzionalmente illegittime per il mero fatto che è possibile attribuire loro una interpretazione incostituzionale; al contrario, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma può intervenire esclusivamente nelle ipotesi in cui non sia possibile offrire una sua interpretazione costituzionalmente conforme.

Alla luce di quanto illustrato, la Consulta in occasione della sentenza del 2007 non si è determinata nel senso di dichiarare in termini generali costituzionalmente illegittimo il divieto di prevalenza delle attenuanti sull’aggravante della recidiva reiterata, poiché, facendo leva su una interpretazione costituzionalmente conforme, ha implicitamente avallato l’orientamento giurisprudenziale che riteneva vincolata la recidiva reiterata solo sul piano del *quantum* di aumento di pena, ma non anche sul piano dell’*an* di tale aumento.

Nella stessa direzione è intervenuta la successiva ordinanza costituzionale del 2007, in occasione della quale il Giudice delle leggi *in primis* ha richiamato i passaggi centrali della sentenza appena esposta e *in secundis* ha confermato che, in assenza di un espresso riconoscimento della recidiva, non possono manifestarsi né l’aumento di pena né gli ulteriori effetti indiretti – primo tra tutti: il limite di cui all’art. 69 comma 4 c.p. – che tipicamente derivano dalla recidiva. Nelle parole della Corte, infatti, «qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato mantenga il carattere della facoltatività, ma dall’altro lato abbia efficacia comunque inibente in ordine all’applicazione di circostanze attenuanti concorrenti, ne deriverebbe la conseguenza – all’apparenza paradossale – di una circostanza “neutra” agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), nell’ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto “aggravante” – eventualmente, anche in rilevante misura – nell’ipotesi di reato circostanziato *in mitius* (in sostanza la recidiva reiterata non opererebbe rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determinerebbe, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato)»<sup>38</sup>.

Le pronunce della Corte costituzionale appena illustrate hanno implicato un mutamento nell’orientamento della giurisprudenza di legittimità, emerso in diverse sentenze della Corte di cassazione.

A titolo esemplificativo, si è ammesso infatti che: «la recidiva prevista dall’art. 99 comma 4 c.p., come modificata dalla l. 7 dicembre 2005, n. 251, deve ritenersi tuttora facoltativa – salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall’art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. (cfr. art. 99 comma 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

---

<sup>37</sup> Corte cost., sent. 5 giugno 2007 (dec. 5 giugno 2007, dep. 14 giugno 2007), n. 192, cit.

<sup>38</sup> Corte cost., ord. 21 novembre 2007 (dec. 21 novembre 2007, dep. 30 novembre 2007), n. 409, cit.

colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 69 comma 4 c.p.»<sup>39</sup>.

E, ancora, si è sottolineato che: «la recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p. opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69 comma 4 c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81 comma 4 c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444 comma 1 bis c.p.p.»<sup>40</sup>.

Una possibile criticità sottesa a questo tipo d'impostazione è stata posta in luce da taluni autori<sup>41</sup>, che hanno infatti evidenziato come divenga allora inevitabile che il giudice sia spinto a riconoscere la recidiva (reiterata e non) nel caso concreto esclusivamente qualora ciò implichi l'irrogazione di una pena finale avvertita come giusta, equa, in quanto coerentemente severa rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto di reato commesso. Il rischio celato dietro all'impostazione avallata dalla Corte costituzionale è in altre parole quello per cui il giudice sia portato a ragionare in termini di risultato finale di quantificazione della pena: che costui cioè si trovi a riconoscere o non riconoscere la recidiva in base alla esigenza di evitare l'irrogazione di una pena percepita come ingiusta (e in quanto tale inidonea ad adempiere alla finalità rieducativa), piuttosto che in base alla verifica dell'esistenza dei presupposti applicativi della recidiva stessa (ossia: maggior colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, emergenti dal nuovo delitto non colposo commesso).

#### 4.2. Tra obbligatorietà e facoltatività della recidiva. L'intervento della Corte costituzionale in relazione all'art. 99 comma 5 c.p.

Concentrandosi ora sulle vicende che hanno riguardato l'art. 99 comma 5 c.p., occorre sottolineare che il legislatore nel 2005 aveva qualificato *expressis verbis* la recidiva di cui alla norma citata come obbligatoria. Ne è derivato un ricorso alla Corte costituzionale, proposto nel 2014 dalla Corte di cassazione, sulla base del quale il giudice *a quo* ha lamentato da parte dell'art. 99 comma 5 c.p. la violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.

In particolare, a detta del giudice rimettente, la norma censurata *in primis* avrebbe violato il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. per due ragioni:

---

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2009 (ud. 15 maggio 2009, dep. 3 giugno 2009), n. 22871, Held, in *Cass. pen.*, 2010, p. 615.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010 (ud. 27 maggio 2010, dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, Calibé, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094.

<sup>41</sup> In questo senso, ad es., G. Piffer, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2010, p. 43.

- «l'applicazione obbligatoria della recidiva, svincolata dall'accertamento in concreto sulla base dei criteri applicativi indicati [dalla giurisprudenza] e affidata alla sola indicazione del titolo del nuovo delitto, viene privata di una base empirica adeguata a preservare il fondamento della circostanza aggravante (ossia l'attitudine della ricaduta nel delitto ad esprimere una più accentuata colpevolezza e una maggiore pericolosità del reo), risolvendosi in una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza o di maggiore pericolosità, del tutto irragionevole»<sup>42</sup>;

- «[...] il criterio legislativo di individuazione dei reati che comportano la recidiva obbligatoria [...] è privo di correlazione con l'accertamento della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni della recidiva e, in particolare, è idoneo ad esprimere una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo delitto in grado di offrire un congruo fondamento giustificativo al giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità, da cui deve essere sorretta l'applicazione della recidiva»<sup>43</sup>.

*In secundis*, avrebbe violato il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per il fatto che avrebbe implicato una «illegittima uguaglianza di trattamento di situazioni diverse, precludendo l'accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»<sup>44</sup>.

*In ultimis*, avrebbe violato il principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., poiché «la preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni "sostanziali" legittimanti l'applicazione della recidiva renderebbe la pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanificandone, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa»<sup>45</sup>.

Alla luce delle censure appena proposte, la Consulta si è anzitutto espressa sulla presunzione *iuris et de iure* di maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, implicita nell'automatismo sanzionatorio censurato, e ha sul punto evidenziato che, se da un canto è vero che, di per sé, un sistema fondato su presunzioni non è necessariamente incostituzionale, d'altro canto, diviene tale nel momento in cui una presunzione legale, che limita i diritti fondamentali dell'individuo, non risponde alla massima di esperienza dell'*id quod plerumque accidit*, ossia a dati empirici desumibili dall'esperienza comune.

Detto altrimenti, nel caso concreto, la Corte costituzionale ha premesso che, solo qualora fossero risultati mancanti i dati di esperienza generalizzati (ad es.: arco temporale trascorso tra i vari reati; grado di omogeneità tra i vari reati) sulla base dei quali poter dimostrare che il nuovo delitto non colposo commesso – rientrante nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. – fosse effettivamente una manifestazione di maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, si sarebbe dovuta ritenere irragionevole la presunzione assoluta insita nell'art. 69 comma 4 c.p.

---

<sup>42</sup> Corte cost., sent. 8 luglio 2015 (dec. 8 luglio 2015, dep. 23 luglio 2015), n. 185, in *Dir. giust.*, 2015.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

Posta tale premessa, nei fatti, la Corte costituzionale ha poi ritenuto che effettivamente mancassero questi dati e che, anzi, si sarebbero potute facilmente ipotizzare delle situazioni entro le quali la commissione del nuovo delitto non colposo avrebbe potuto essere intesa come non espressiva di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo. Una di queste situazioni è stata reperita proprio nel caso ad oggetto del ricorso ove, infatti, il delitto fondante la condanna precedente era dato dalla rissa (art. 588 c.p.) e il delitto espressivo della presunta acquisita maggiore colpevolezza e pericolosità era dato dall'induzione alla prostituzione minorile (artt. 600 e 600-bis c.p.): all'evidenza, si trattava di reati disomogenei, non qualificabili *a priori* l'uno la progressione criminosa dell'altro.

La Corte costituzionale si è poi concentrata sulle censure specificamente poste in luce dal giudice *a quo* e, ritenendole fondate, ha dunque dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dei parametri costituzionali citati, l'art. 99 comma 5 c.p., limitatamente alle parole «è obbligatorio e». A partire da tale sentenza, perciò, possono dirsi configurabili in seno all'art. 99 c.p. esclusivamente figure di recidiva facoltativa<sup>46</sup>.

## 5. Le tensioni sottese alla attuale formulazione dell'art. 69 comma 4 c.p.

Come rilevato nel par. 3.1.1., la Consulta, avendo avallato implicitamente la natura discrezionale della recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p., ha conseguentemente salvato, quanto meno in termini generali, la legittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., ritenendo piuttosto di doversi esprimere sulla legittimità ovvero illegittimità della norma censurata esclusivamente negli specifici casi in cui la recidiva in parola fosse risultata concretamente idonea a influire sul trattamento sanzionatorio.

Detto altrimenti, nel 2007 la Corte costituzionale ha ritenuto di poter preservare, a fronte della riconosciuta natura meramente discrezionale della recidiva reiterata (tale da non escludere il potere discrezionale del giudice di individualizzare la sanzione nel caso concreto), la disciplina rispetto ad essa dettata in tema di bilanciamento di circostanze eterogenee e ha rimandato ad un momento successivo la verifica della tenuta di tale disciplina rispetto ai dettami di rango costituzionale: nello specifico, solo nell'eventualità in cui, nel caso concreto, la limitazione degli esiti del giudizio di valenza avesse determinato l'irrogazione di una pena costituzionalmente illegittima, si sarebbe potuto dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui blinda gli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee.

---

<sup>46</sup> In termini più generali, invece, risultano ancor oggi disseminate nell'ordinamento penale, *specie* nelle leggi complementari, diverse ipotesi di recidiva speciale, generalmente di tipo specifico, operanti in via automatica e dunque obbligatoria. Così, ad es., in tema di guida senza patente ovvero sotto l'influenza di alcol o stupefacenti con recidiva nel biennio (rispettivamente: artt. 116 co. 15 e 186 co. 2 lett. c) del codice della strada).

Ne sono derivate sette pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., in relazione ad altrettante circostanze attenuanti, di natura oggettiva<sup>47</sup>, premiale<sup>48</sup> e, da ultimo, soggettiva<sup>49</sup>.

### 5.1. (Segue): il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura oggettiva.

In tal sede, la Corte costituzionale ha accolto le eccezioni di illegittimità costituzionale – per violazione degli artt. 3, 27 comma 3 e 25 comma 2 Cost. – dell'art. 69 comma 4 c.p., ripristinando così gli ordinari esiti del giudizio di bilanciamento, nelle seguenti occasioni:

- sentenza n. 251 del 2012, in relazione all'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti<sup>50</sup>, ossia in relazione all'attenuante indipendente della lieve entità nel delitto di produzione, detenzione e cessione illecita di sostanze stupefacenti;

- sentenza n. 105 del 2014, in relazione all'art. 648 comma 2 c.p.<sup>51</sup>, ossia in relazione all'attenuante indipendente della particolare tenuità nel delitto di ricettazione;

- sentenza n. 106 del 2014, in relazione all'art. 609-bis comma 3 c.p.<sup>52</sup>, ossia in relazione all'attenuante ad effetto speciale della minore gravità nel delitto di violenza sessuale;

- sentenza n. 205 del 2017, in relazione all'art. 219 comma 3 della Legge Fallimentare<sup>53</sup>, ossia in relazione all'attenuante ad efficacia comune del danno patrimoniale di speciale tenuità nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito.

\* \* \*

---

<sup>47</sup> Tali circostanze si caratterizzano ai sensi dell'art. 70 co. 1 n. 1 c.p. per il fatto di concernere «la natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità d'azione, gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso». Sul piano delle attenuanti, sono quindi oggettive quelle circostanze espressive di un minor disvalore del fatto sul piano della dimensione offensiva.

<sup>48</sup> Sono tali le attenuanti che hanno ad oggetto comportamenti del reo, susseguenti rispetto alla commissione del reato, e che, in quanto tali, hanno appunto finalità premiali in relazione alle condotte *post delictum* tenute dall'imputato.

<sup>49</sup> Tali circostanze si caratterizzano ai sensi dell'art. 70 co. 1 n. 2 c.p. per il fatto di concernere «la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole». Sul piano delle attenuanti, sono quindi soggettive quelle circostanze espressive di un minor disvalore d'intenzione e di personalità sul piano della dimensione offensiva, che in quanto tali implicano una riduzione della pena irrogabile nel caso concreto.

<sup>50</sup> Art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti: «Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000». L'attenuante in parola è stata poi trasformata in reato autonomo, a fronte dell'intervento del d. l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. dall'art. 1, comma 1, l. 21 febbraio 2014, n. 10.

<sup>51</sup> Art. 648 comma 2 c.p.: «La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 516, se il fatto è di particolare tenuità».

<sup>52</sup> Art. 609-bis comma 3 c.p.: «Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

<sup>53</sup> Art. 219 comma 3 della Legge Fallimentare: «Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo».

In occasione della sentenza n. 251 del 2012<sup>54</sup>, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover dichiarare nel caso concreto la recidiva – in particolare: reiterata, specifica e infraquinquennale –, poiché le condanne già riportate dall'imputato attenevano a quattro violazioni della disciplina degli stupefacenti, integrate tra il 2006 e il 2010, a fronte delle quali il reato *sub iudice* (ossia: detenzione e cessione di 0,40 grammi di cocaina) poteva dirsi effettivamente manifestazione di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo. Allo stesso tempo, però, il reato da ultimo commesso si risolveva in una modesta violazione, sussumibile nell'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti; con la conseguenza che, secondo il giudice rimettente, trascurare integralmente tale dato avrebbe implicato intraprendere una via non conforme rispetto ai principi costituzionali. In particolare, in sede di ricorso è stata lamentata da parte dell'art. 69 comma 4 c.p. la violazione di:

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), nell'ottica in cui la norma censurata condurrebbe in talune ipotesi all'irrogazione di pene identiche, con riferimento a violazioni di rilievo penale enormemente differente. A titolo esemplificativo, è stato sottolineato come «il recidivo reiterato implicato nel grande traffico di stupefacenti (art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990) al quale siano riconosciute le circostanze attenuanti generiche verrebbe punito con la stessa pena prevista per il recidivo reiterato autore di uno "spaccio di strada" di minime quantità al quale siano riconosciute le circostanze attenuanti generiche e quella prevista dall'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti»<sup>55</sup>. Ipotesi, questa, da cui emerge chiaramente come la differenza naturalistica, oggettiva nonché criminologica delle due condotte venga completamente soppressa in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del reo;

- principio di offensività (art. 25 comma 2 Cost.), il quale, contrariamente alla norma censurata, attribuisce una rilevanza fondamentale alla condotta delittuosa, a fronte del suo obiettivo disvalore, e non solo in quanto manifestazione di pericolosità sociale; e, di conseguenza, impone anche – nelle parole del giudice *a quo* – la esigenza «di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo»<sup>56</sup>;

- principio di proporzionalità della pena (art. 27 comma 3 Cost.), poiché «una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso da un lato non può correttamente assolvere alla funzione di ristabilimento della legalità violata, dall'altro non potrà mai essere sentita dal condannato come rieducatrice: essa gli apparirà solo come brutale e irragionevole vendetta dello Stato, suscitatrice di ulteriori istinti antisociali»<sup>57</sup>. È evidente, infatti, che l'irrogazione di una pena di 6 anni di reclusione per la cessione di 0,40 grammi di cocaina non possa configurare in alcun modo una risposta sanzionatoria proporzionata rispetto alla gravità del fatto, a prescindere dall'identità del reo.

Alla luce delle argomentazioni proposte, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto

---

<sup>54</sup> Corte cost., sent. 5 novembre 2012 (dec. 5 novembre 2012, dep. 15 novembre 2012), n. 251, in *Riv. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 17.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*.



di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 T.U. stupefacenti, sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

\* \* \*

In occasione delle sentenze nn. 105 e 106 del 2014<sup>58</sup>, il giudice *a quo* aveva lamentato una situazione di tensione equivalente. In particolare:

- nel primo caso costui aveva ritenuto di dover dichiarare in concreto la recidiva – di nuovo: reiterata, specifica e infraquinquennale – in relazione al reato *sub iudice* (ossia: ricettazione di alcuni capi di abbigliamento recanti marchi contraffatti e detenzione ai fini di vendita di tali prodotti) poiché le condanne precedentemente riportate dall'imputato riguardavano violazioni della stessa indole ed erano intervenute in un arco temporale limitato; e, alla luce di ciò, il nuovo delitto non colposo riconducibile all'art. 648 c.p. poteva effettivamente dirsi manifestazione di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo;

- nel secondo caso, il giudice *a quo* era pervenuto alla conclusione di dover dichiarare la recidiva reiterata in relazione ai reati *sub iudice* (ossia: maltrattamenti contro familiari o conviventi ex art. 572 c.p.; e violenza sessuale ex art. 609-bis c.p.), poiché, a fronte delle condanne già riportate dall'imputato in materia di evasione e di violazione della normativa sugli stupefacenti, i nuovi reati ascrittigli potevano effettivamente dirsi sintomo di una sua progressione criminosa e, dunque, manifestazione di una maggior colpevolezza e pericolosità sociale del reo medesimo.

Allo stesso tempo, tuttavia, in entrambe le occasioni i reati da ultimo commessi si risolvevano in una modesta violazione e, in quanto tali, potevano considerarsi rispettivamente sussumibili nell'art. 648 comma 2 c.p. (ricettazione caratterizzata da una particolare tenuità del fatto) e nell'art. 609-bis comma 3 c.p. (violenza sessuale caratterizzata da una minore gravità). Di conseguenza, per i giudici rimettenti, trascurare integralmente tali dati avrebbe implicato una violazione di quegli stessi principi costituzionali (artt. 3 e 27 comma 3 Cost.) già venuti in rilievo nella sentenza n. 251 del 2012, per le medesime ragioni.

Anche in tali occasioni, la Corte costituzionale ha accolto le censure proposte dai giudici *a quibus*, dichiarando dunque costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648 comma 2 c.p. (sentenza n. 105 del 2014) nonché nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis comma 3 c.p. (sentenza n. 106 del 2014), sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

\* \* \*

Infine, a conclusioni non dissimili è giunta la Consulta in occasione della sentenza n. 205 del 2017<sup>59</sup>. Nello specifico, la situazione che ha condotto il giudice *a quo* (la Corte di Appello di Ancona) a sollevare la questione di legittimità costituzionale era la seguente:

---

<sup>58</sup> Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (dec. 14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 105, in *Dir. giust.*, 2014 nonché Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (dec. 14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 106, in *Dir. giust.*, 2014.

<sup>59</sup> Corte cost., sent. 21 giugno 2017 (dec. 21 giugno 2017, dep. 17 luglio 2017), n. 205, in *Dir. giust.*, 2017.

nel corso del primo grado di giudizio (in cui si procedeva per il reato di bancarotta fraudolenta fallimentare), era stata contestata da parte del pubblico ministero la esistenza della recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.; ma, nonostante ciò, il giudice di prime cure, «in considerazione del modestissimo/inesistente pregiudizio economico arrecato ai debitori, della modestissima dimensione dell'impresa e del ridottissimo movimento degli affari»<sup>60</sup> aveva riconosciuto all'imputato la attenuante della speciale tenuità del fatto (ex art. 219 comma 3 della Legge Fallimentare) e, inoltre, aveva concesso le attenuanti generiche, ritenendole nello specifico equivalenti alla contestata recidiva reiterata; di conseguenza, aveva poi ridotto la pena per effetto della prima delle attenuanti di cui si è appena detto.

Avverso la sentenza di primo grado, aveva allora proposto ricorso immediato per cassazione il procuratore generale presso la Corte di Appello, in ragione del fatto che il giudice «anziché includere l'attenuante speciale predetta nel giudizio di bilanciamento operato ex art. 69 c.p., aveva operato la riduzione all'esito del giudizio di equivalenza tra attenuanti generiche e recidiva reiterata, irrogando una pena illegale per difetto, atteso che, stante il principio di cui all'art. 69 comma 4 c.p., la pena finale non avrebbe potuto essere inferiore ai tre anni di reclusione»<sup>61</sup>. La cassazione aveva accolto il ricorso e annullato, di conseguenza, la sentenza impugnata, limitatamente al trattamento sanzionatorio.

Dalla vicenda in esame è nata la questione di legittimità costituzionale sottoposta al Giudice delle Leggi. In particolare, infatti, alla udienza fissata per il giudizio di rinvio, il giudice *a quo* ha osservato che, pur dovendosi necessariamente considerare configurata la recidiva reiterata nel caso concreto, essendosi formato su tale capo della sentenza giudicato interno (a fronte del difetto di impugnazione), l'attenuante della tenuità fallimentare di cui all'art. 219 comma 3 della Legge fallimentare avrebbe dovuto ritenersi comunque prevalente, alla luce della assoluta modesta offensività dell'episodio contestato e della scarsa consistenza della recidiva reiterata.

Per tali ragioni, come nei casi precedenti, il rimettente ha lamentato, da parte del divieto di prevalenza di cui all'art. 69 comma 4 c.p., la violazione dei principi costituzionali di ragionevolezza, uguaglianza, offensività e proporzionalità. Anche in tal sede, la Corte costituzionale ha ritenuto di accogliere le censure mosse dal giudice *a quo*, dichiarando così costituzionalmente illegittima la norma censurata, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 219 comma 3 della Legge fallimentare sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

## 5.2. (Segue): il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura premiale.

Sulla legittimità del divieto di prevalenza delle attenuanti di natura premiale sulla recidiva reiterata è intervenuta la Corte costituzionale in due distinte occasioni:

---

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibidem.*

- sentenza n. 183 del 2011, in relazione alla disciplina introdotta con l'art. 1 della Legge ex Cirielli all'interno dell'art. 62-*bis* comma 2 c.p.<sup>62</sup>, in tema di attenuanti generiche;

- sentenza n. 74 del 2016, in relazione alla circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti<sup>63</sup>.

\* \* \*

A fondamento della sentenza n. 183 del 2011<sup>64</sup> vi era la seguente vicenda: il pubblico ministero aveva richiesto, nell'ambito di un giudizio abbreviato, l'applicazione delle attenuanti generiche nei confronti dell'imputato, che era stato chiamato a rispondere di diversi reati (tra i quali: omicidio premeditato; soppressione di cadavere aggravata; rapina aggravata; ricettazione; incendio doloso) commessi tra l'agosto del 2007 e l'aprile del 2008, a fronte del fatto che l'imputato – pur essendo recidivo reiterato – aveva collaborato nel corso delle indagini.

Tuttavia, a una tale possibilità ostava la formulazione dell'art. 62-*bis* comma 2 c.p., il quale precludeva infatti la applicazione delle attenuanti generiche ai sensi dell'art. 133 comma 1 n. 3 e comma 2 c.p., ossia in forza dei criteri soggettivi di commisurazione della pena, qualora il reo, già recidivo, avesse commesso un nuovo delitto – punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni –, rientrando nel catalogo di reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. (ad es.: omicidio premeditato). Per tale ragione, il pubblico ministero aveva eccepito l'illegittimità costituzionale della norma in questione e il giudice rimettente, condividendo le criticità sottese alla disciplina censurata, aveva proposto ricorso alla Corte costituzionale. Secondo il giudice *a quo*, nello specifico, la norma censurata risultava violare:

- principio della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), poiché «introducendo una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell'imputato, priverebbe il giudice del potere (e dovere) di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo, laddove, a fronte dell'incidenza sulla capacità a delinquere del parametro costituito dai precedenti penali dell'imputato, sarebbe possibile individuare altri parametri – come quello relativo alla condotta susseguente al reato – rilevanti ai fini del medesimo giudizio sulla capacità a delinquere che risultino in concreto idonei a contrastare la valenza negativa dei precedenti»<sup>65</sup>;

---

<sup>62</sup> Art. 62-*bis* comma 2 c.p.: «Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni».

<sup>63</sup> Art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti: «Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti».

<sup>64</sup> Corte cost., sent. 7 giugno 2011 (dec. 7 giugno 2011, dep. 10 giugno 2011), n. 183, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc. 7, p. 811.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché *in primis* la recidiva reiterata assumerebbe un irrazionale rilievo esclusivamente nei delitti – puniti con pena non inferiore nel minimo a 5 anni di reclusione – di cui all’art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., quando invece «il significato personologico di un elemento di valutazione non può essere diverso a seconda del tipo di delitti e men che mai a seconda del minimo della pena edittale per essi prevista»<sup>66</sup>. *In secundis*, la disciplina censurata implicherebbe una commistione incongrua tra parametri personologici e profili relativi alla gravità del fatto «attribuendosi rilievo decisivo ai primi in quanto associati ai secondi, sulla base di valutazioni predeterminate e astratte, senza considerare che il profilo afferente alla personalità del reo non può che concorrere alla formulazione di un giudizio sintetico sulla concreta capacità a delinquere, solo all’interno di tale valutazione potendo trovare l’eventuale temperamento»<sup>67</sup>.

Alla luce delle censure promosse, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 62-bis comma 2 c.p., nella parte in cui stabiliva che, ai fini dell’applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si potesse tenere conto della condotta del reo susseguente al reato.

\* \* \*

A fondamento, invece, della sentenza n. 74 del 2016<sup>68</sup>, si collocava la seguente vicenda processuale: il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover dichiarare nel caso concreto la recidiva – in particolare: reiterata, specifica e infraquinquennale – a fronte dell’esistenza di precedenti condanne della stessa specie e temporalmente ravvicinate in capo al reo, rispetto alle quali il reato *sub iudice* (ossia: detenzione di un 1 kg di marijuana e di 85 grammi di cocaina) poteva dirsi effettivamente manifestazione di una maggiore colpevolezza e pericolosità del reo.

Allo stesso tempo, però, nel caso concreto potevano dirsi sussistenti gli estremi dell’attenuante di cui all’art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti, e, di conseguenza, per il giudice rimettente trascurare integralmente la completa collaborazione con l’autorità posta in essere dall’imputato nel corso del giudizio avrebbe implicato una violazione del principio di uguaglianza, di ragionevolezza, di proporzionalità della pena – nei termini di cui si è detto in occasione della sentenza precedente – nonché della *ratio* stessa della circostanza in parola, la quale è infatti diretta a premiare e stimolare il ravvedimento post-delittuoso del reo: la norma censurata, infatti, impedendo all’attenuante premiale di spiegare la propria efficacia nei confronti del recidivo reiterato, ne vanificava la *ratio* non consentendogli di giovare della diminuzione di pena.

Per queste ragioni, anche in tal sede, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso del giudice *a quo*, dichiarando costituzionalmente illegittimo l’art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 73 comma 7 T.U. stupefacenti, sulla recidiva reiterata di cui all’art. 99 comma 4 c.p.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Corte cost., sent. 24 febbraio 2016 (dec. 24 febbraio 2016, dep. 7 aprile 2016), n. 74, in *Dir. giust.*, 2016.

### 5.3. (Segue): il giudizio di valenza e le circostanze attenuanti di natura soggettiva.

Solo di recente la Corte costituzionale ha iniziato ad accogliere talune eccezioni di illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p. – per violazione degli artt. 3, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. – ripristinando così gli ordinari esiti del giudizio di bilanciamento, in relazione alle attenuanti di natura soggettiva. Ciò, in particolare, è accaduto nelle seguenti occasioni:

- sentenza n. 73 del 2020, in relazione all'art. 89 c.p.<sup>69</sup>, ossia all'attenuante a efficacia comune del vizio parziale di mente;

- sentenza n. 55 del 2021, in relazione all'art. 116 comma 2 c.p.<sup>70</sup>, ossia in materia di concorso anomalo di persone nel reato.

\* \* \*

Concentrandosi anzitutto sul panorama giurisprudenziale che ha condotto la Consulta all'adozione della prima delle sentenze ora citate, occorre premettere che negli ultimi anni, più volte si è discusso circa la compatibilità tra la recidiva (reiterata) e l'attenuante soggettiva del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p.

Sul punto, in particolare, la giurisprudenza di legittimità è ormai orientata nel ritenere – quanto meno in linea di principio – tali circostanze eterogenee tra loro compatibili, sulla base dell'assunto per cui il vizio parziale di mente non impedisce *a priori* di riscontrare nella condotta del reo l'elemento soggettivo del dolo<sup>71</sup>. La Corte di cassazione ha infatti confermato che «nello stato di imputabilità diminuita per vizio parziale di mente residua pur sempre una capacità, sia pure scemata, di intendere e di volere, e può ben essere configurato il dolo, non impedendo la ridotta imputabilità che l'evento sia preveduto e voluto dall'agente come conseguenza della propria azione od omissione. Non è, pertanto, irrazionale che possa essere prevista anche per il seminfermo di mente l'applicazione obbligatoria della recidiva»<sup>72</sup>.

Nonostante la asserita astratta compatibilità tra le aggravanti *de quibus*, la Corte costituzionale in due diverse occasioni è stata chiamata ad esprimersi sul rapporto intercorrente tra l'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p. e l'attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p., alla luce della limitazione del giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 comma 4 c.p.

---

<sup>69</sup> Art. 89 c.p.: «Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita».

<sup>70</sup> Art. 116 comma 2 c.p.: «Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave».

<sup>71</sup> In questo senso, ad es., Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2017 (ud. 19 aprile 2017, dep. 30 maggio 2017), n. 27086, in *CED Cass. pen.*, 2017.

<sup>72</sup> Così, Cass. pen., Sez. II, 9 giugno 2010 (ud. 9 giugno 2010, dep. 28 settembre 2010), n. 35006, in *CED Cass. pen.*, 2010.

Nella prima delle summenzionate occasioni, che ha dato causa all'adozione della sentenza n. 120 del 2017<sup>73</sup>, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover dichiarare nel caso concreto la recidiva – in particolare: reiterata, specifica e infraquinquennale – poiché l'imputato aveva in passato commesso decine di furti e rapine, con modalità simili, rispetto ai quali il reato *sub iudice* (ossia: rapina) poteva effettivamente dirsi sintomo di una insensibilità del reo rispetto al monito dell'autorità e, specificamente, di una sua maggiore pericolosità sociale. In particolare, «i reati commessi dall'imputato, infatti, (potevano dirsi) della stessa indole per la concreta omogeneità delle condotte criminose espressive di una personalità delinquenziale»<sup>74</sup>.

Allo stesso tempo, però, dalla perizia psichiatrica disposta in corso di giudizio, era emerso chiaramente un vizio di mente tale da scemare grandemente le capacità di intendere e di volere dell'imputato, il quale risultava invero aver assunto una «visione egoica ed egocentrica»<sup>75</sup> della realtà esterna; visione, questa, che secondo il giudice *a quo* aveva assai limitato «la capacità dell'imputato di riflettere sul significato delle sue azioni»<sup>76</sup> e lo avrebbe spinto a ripetere «la condotta illecita un numero infinito di volte senza percepirne neanche il disvalore perché concentrato esclusivamente sul soddisfacimento del suo bisogno»<sup>77</sup>. Nello specifico, secondo il giudice rimettente, l'infermità mentale rilevata sulla base della perizia psichiatrica era di tale entità da avere determinato causalmente la commissione dei reati; l'imputato, cioè, avrebbe agito in modo illecito in quanto malato, piuttosto che sulla base di una libera risposta ad impulsi criminali. Di conseguenza, trascurare integralmente la rilevanza del vizio parziale di mente nel caso concreto – come formalmente imposto ex art. 69 comma 4 c.p. – avrebbe implicato la violazione di diversi principi costituzionali:

- principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché la norma censurata condurrebbe ad irrogare pene identiche rispetto a condotte di rilievo sostanziale assai differente;

- principi di proporzionalità e di finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), nell'ottica in cui, in virtù della limitazione imposta ex art. 69 comma 4 c.p., l'attenuante in parola potrebbe tutt'al più risultare equivalente rispetto alla recidiva reiterata, ma mai prevalente, con conseguente obbligo da parte del giudice di irrogare una pena sproporzionata rispetto al fatto di reato e, in quanto tale, inidonea ad adempiere una finalità rieducativa.

Sulla base di tali censure, il giudice rimettente da un canto ha sottolineato come in linea di principio rientri nell'ambito del potere discrezionale del legislatore la possibilità di predisporre deroghe alla disciplina del giudizio di bilanciamento, d'altro canto ha poi evidenziato che tali deroghe non possono considerarsi ammissibili, qualora giungano «a determinare una alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Corte cost., sent. 12 aprile 2017 (dec. 12 aprile 2017, dep. 22 maggio 2017), n. 120, in *Dir. giust.*, 2017.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.



La Corte costituzionale, tuttavia, ha rigettato il ricorso, per infondatezza dello stesso, a fronte del fatto che, tenuto conto dei precedenti penali, il giudice *a quo* avrebbe poi dovuto valutare ai fini della recidiva due specifiche caratteristiche personali: la maggiore pericolosità sociale; e la maggiore colpevolezza del reo, intesa quest'ultima come «rimproverabilità soggettiva per l'atteggiamento antidoveroso della volontà»<sup>79</sup>. Tuttavia, nel caso concreto, il giudice *a quo* aveva fondato il riconoscimento della recidiva esclusivamente sulla condizione della maggiore pericolosità dell'imputato, desumendola dai precedenti del reo, e aveva invece trascurato di verificare se potesse dirsi effettivamente integrata anche la condizione della maggiore colpevolezza in capo al reo, ai fini della recidiva. A ciò si aggiunga che il giudice *a quo* aveva valorizzato la rilevanza del vizio parziale di mente a tal punto da definire quest'ultimo come la causa della commissione dei reati stessi. Così argomentando, tuttavia, il rimettente «non ha considerato che la diminuita colpevolezza dell'imputato avrebbe dovuto innanzitutto essere valutata ai fini della recidiva, per stabilire se questa dovesse essere ritenuta esistente oppure no, perché solo dopo aver fatto ciò, una volta riconosciuta la recidiva, sarebbe stata rilevante, e si sarebbe potuta sollevare, la questione sui limiti imposti dalla norma censurata al bilanciamento dell'attenuante del vizio parziale di mente con la recidiva reiterata. Perciò la mancata considerazione della colpevolezza, ai fini della valutazione relativa alla recidiva, si traduce in un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione, che di conseguenza risulta inammissibile»<sup>80</sup>.

Dopo tale rigetto, la questione della legittimità dell'art. 69 comma 4 c.p. in relazione all'art. 89 c.p. è stata sostanzialmente riproposta alla Corte costituzionale nei medesimi termini, tramite un secondo ricorso, che ha dato origine alla sentenza n. 73 del 2020<sup>81</sup>, entro la quale, però, è stata accolta la censura mossa dal giudice rimettente.

In particolare, in questa circostanza, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover riconoscere la recidiva – di nuovo: reiterata, specifica e infraquinquennale – nei confronti di due imputati, chiamati a rispondere di furto pluriaggravato, a fronte del fatto che costoro avevano riportato in epoca relativamente recente plurime condanne riferite a una serie di altri delitti contro il patrimonio.

Allo stesso tempo, però, sulla base della perizia disposta in corso di giudizio, il giudice *a quo* aveva ritenuto di dover riconoscere anche l'esistenza di un vizio parziale di mente (*specie*: Disturbo della Personalità e Disturbo da Abuso di Sostanze) in capo a entrambi gli imputati, tale da scemare o ridurre grandemente la loro capacità di intendere e di volere, senza escluderla totalmente, e che, verosimilmente, aveva facilitato «l'emergere di condotte regressive finalizzate all'ottenimento di immediata gratificazione e prive di adeguata valutazione del rischio che esse comportano»<sup>82</sup>. E, interrogato in udienza, il perito aveva aggiunto che le patologie riscontrate, pur non essendo idonee a escludere in radice la capacità di intendere e di volere degli imputati, erano in grado di incidere in particolar modo su «quelle parti del funzionamento mentale che vengono definite funzioni esecutive, quindi capacità di programmazione, valutazione, valutazione

---

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Corte cost., sent. 7 aprile 2020 (dec. 7 aprile 2020, dep. 24 aprile 2020), n. 73, in *Dir. giust.*, 2020.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

inferenziale, criteri di appropriatezza e di opportunità, pesatura del rischio anche rispetto all'utile personale»<sup>83</sup>.

Diversamente dal caso precedente, alla luce di ciò il giudice *a quo* ha ritenuto che nel caso concreto la reiterazione del reato fosse effettivo sintomo non solo di una maggiore pericolosità degli imputati, ma anche di un maggior grado di colpevolezza. Infatti, i numerosi precedenti riconducibili agli imputati dimostravano la loro peculiare «insensibilità nei confronti delle condanne precedentemente riportate e dell'implicito monito a non violare più la legge, in esse contenuto, comportando un maggiore addebito anche in termini di rimproverabilità soggettiva»<sup>84</sup>, che non poteva essere escluso a cagione delle patologie emerse sulla base della perizia, le quali infatti non potevano dirsi aver avuto un valore «tanto determinante nella genesi del reato da escludere che, nel caso di specie, gli stessi potessero essere sufficientemente sensibilizzati e motivati dai moniti provenienti dalle condanne riportate in precedenza»<sup>85</sup>.

Oltre a ciò, il giudice rimettente ha anche evidenziato come l'eventuale scelta di ragionare in termini di risultato finale, non applicando così la recidiva nei confronti degli imputati per evitare di irrogare una pena eccessivamente rigorosa, sarebbe stata illegittima, in quanto avrebbe implicato una indebita sovrapposizione di due piani diversi della struttura del reato – imputabilità e colpevolezza – con la conseguenza che si sarebbe registrata una equiparazione priva di *ratio* sul piano del trattamento sanzionatorio tra gli imputati in questione – parzialmente incapaci ma pur sempre plurirecidivi – ed eventuali soggetti parimenti semi-incapaci, a carico dei quali, però, non vi fossero precedenti penali.

La Corte costituzionale, condividendo la ricostruzione e le argomentazioni proposte dal giudice *a quo*, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza dell'attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

\* \* \*

Per concludere, l'occasione più recente in cui in cui il Giudice delle leggi è stato chiamato a esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p. ha riguardato l'ipotesi di bilanciamento tra la aggravante della recidiva reiterata e la attenuante soggettiva del concorso anomalo di persone nel reato e ha condotto all'adozione della sentenza n. 55 del 2021<sup>86</sup>.

In particolare, nel caso concreto, due imputati erano stati chiamati a rispondere di rapina impropria ai sensi degli artt. 110, 116 comma 2 e 628 comma 2 c.p., poiché, in concorso e di concerto tra loro, avevano sottratto della merce dagli scaffali di un supermercato; tuttavia, giunti alle casse, uno solo degli imputati aveva poi deciso di usare violenza contro la direttrice del supermercato per assicurarsi il possesso del profitto del reato e procurarsi la impunità. Successivamente, entrambi erano stati identificati e

---

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Corte cost., sent. 31 marzo 2021 (dec. 25 febbraio 2021, dep. 31 marzo 2021), n. 55, in *Dir. giust.*, 2021.

sottoposti a procedimento penale; all'individuo che non si era servito della *vis*, però, era stata contestata dal pubblico ministero la recidiva reiterata (specifica, infra-quinquennale e vera).

In un contesto di tal fatta, il giudice ha sollevato un incidente di costituzionalità, poiché da un canto riteneva di dover dichiarare la recidiva contestata dalla pubblica accusa, in quanto effettivo sintomo della acquisita maggiore pericolosità e colpevolezza del reo, ma dall'altro considerava essenziale nel caso specifico riconoscere la prevalenza della attenuante di cui all'art. 116 comma 2 c.p., «in quanto necessaria ad assicurare la "tenuta costituzionale" dell'istituto del concorso anomalo»<sup>87</sup>. Una soluzione differente, infatti, avrebbe implicato a detta dello stesso rimettente la violazione di:

- art. 3 Cost., in ragione del fatto che *in primis* il divieto di prevalenza di cui all'art. 69 comma 4 c.p. comporta irragionevolmente che «il correo che abbia previsto e voluto un reato meno grave sia punito in relazione al diverso e più grave reato voluto e realizzato da un concorrente, con una pena "enormemente" più alta di quella prevista per il reato da lui voluto, ed inoltre, con una pena sensibilmente più alta di quella irrogabile al concorrente che ha voluto e commesso il più grave reato, ma al quale non trovi applicazione l'aggravante della recidiva reiterata»<sup>88</sup>. *In secundis*, poiché «la norma censurata, impedendo il giudizio di prevalenza della diminuyente in esame, finirebbe con il vanificare la funzione che la stessa tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni profondamente diverse sul piano dell'elemento soggettivo: quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello dell'altro correo che ha voluto solo il reato meno grave, unitamente alla prevedibilità del fatto più grave»<sup>89</sup>;

- art. 27 Cost., dato che «il trattamento sanzionatorio che per effetto del divieto di prevalenza troverebbe applicazione sarebbe eccessivo e ingiusto» con la conseguenza che «in quanto sproporzionata, la pena non potrebbe essere percepita dal condannato come giusta ed esplicare quindi la propria funzione rieducativa»<sup>90</sup>.

Alla luce delle censure lamentate, la Corte costituzionale ha preliminarmente richiamato l'orientamento giurisprudenziale costituzionale e di legittimità affermatosi in materia di concorso anomalo, ricordando in particolare che la responsabilità dell'imputato ex art. 116 comma 2 c.p. richiede «la sussistenza non solo del rapporto di causalità materiale, ma anche di un "coefficiente di colpevolezza". Occorre cioè un nesso psicologico, che postula che il reato diverso o più grave commesso da altro concorrente possa rappresentarsi alla psiche del concorrente anomalo come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello concordato (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 2 ottobre-7 novembre 2019, n. 45356; sezione quarta penale, sentenza 18 ottobre-2 novembre 2018, n. 49897; sezione seconda penale, sentenza 11 luglio-29 ottobre 2018, n. 49433; sezione prima penale, sentenza 11 settembre-5 ottobre 2018, n. 44579) o come possibile epilogo rispetto al fatto programmato (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 10 giugno 2016-6 aprile 2017, n. 17502)»<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

E, sul punto, la Corte costituzionale ha ritenuto che il giudice *a quo* avesse nel caso concreto debitamente motivato la esistenza tanto del nesso di causalità tra il delitto di furto inizialmente programmato e quello di rapina impropria da ultimo effettivamente integrato, quanto l'elemento soggettivo della colpa in capo all'imputato.

Dopodiché, sul piano del merito, la Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità proposta, e ciò «per una ragione ancora più stringente di quelle che hanno portato alle precedenti [...] dichiarazioni di illegittimità costituzionale»<sup>92</sup> dell'art. 69 comma 4 c.p. Invero, l'art. 116 comma 1 c.p. prevede il caso in cui un concorrente risponde del reato diverso da quello voluto e quindi, in realtà, non voluto; non di meno ne risponde a titolo di dolo, ossia vedendosi applicare il trattamento sanzionatorio previsto per il reato doloso, perché ha voluto il reato oggetto dell'accordo e il reato diverso da quello voluto è conseguenza della sua azione od omissione. È chiaro, allora, che «se si considera la formulazione testuale della norma, il principio della personalità della responsabilità penale appare essere in sofferenza, quanto meno nella misura in cui tale disposizione richiede soltanto che l'evento del reato diverso sia conseguenza dell'azione od omissione del correo, ossia il solo nesso di causalità materiale»<sup>93</sup>. Tuttavia, alla tenuta costituzionale della norma contribuiscono:

- da un canto, la interpretazione adeguatrice della norma, accolta dalla Corte costituzionale sin dal 1965 (sent. n. 42 del 1965), in base a cui il reato diverso commesso può essere ascritto al concorrente, solo se costituisce, come si è detto *supra*, uno sviluppo logicamente prevedibile del reato originariamente voluto;

- d'altro canto, lo stesso comma 2 dell'art. 116 c.p., che infatti, introducendo la attenuante soggettiva in analisi, è chiamato a svolgere «una funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio»<sup>94</sup>. Nello specifico, la norma in questione opera «la necessaria diversificazione quanto alla dosimetria della pena»<sup>95</sup>, nel momento in cui prevede che «la pena per il correo che risponde a titolo di colpa di un reato doloso più grave di quello voluto [debba essere] necessariamente riequilibrata mediante l'operatività della diminuzione prevista dalla norma»<sup>96</sup>.

Ma, nel contesto risultante dall'intervento della Legge ex Cirielli, la tenuta costituzionale dell'istituto del concorso anomalo di persone nel reato risulterebbe pregiudicata dal divieto di cui all'art. 69 comma 4 c.p.; ed è per tali ragioni che la Corte costituzionale lo ha in conclusione dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

## 6. Riflessioni conclusive sulla ragion d'essere della recidiva all'interno del sistema.

---

<sup>92</sup> *Ibidem.*

<sup>93</sup> *Ibidem.*

<sup>94</sup> *Ibidem.*

<sup>95</sup> *Ibidem.*

<sup>96</sup> *Ibidem.*

Sul piano teorico, la *ratio* sottesa alla recidiva (e, dunque: la ragione per cui l'esistenza di un tale istituto viene tollerata all'interno del sistema) per lungo tempo è stata tradizionalmente riscontrata ora nel suo fondamento retributivo<sup>97</sup> ora nel suo fondamento preventivo<sup>98</sup>. Per contro, in virtù dell'orientamento attualmente prevalente in dottrina e in giurisprudenza, alla recidiva viene riconosciuta una natura bidimensionale: da un canto, invero, la minaccia e l'irrogazione di una pena più severa nei confronti del reo, dovuta appunto all'aggravante della recidiva, può giustificarsi se e in quanto la reiterazione del reato possa definirsi il sintomo di una sua acquisita maggiore colpevolezza (di qui, il fondamento retributivo). D'altro canto, l'operatività dell'aggravante in parola può giustificarsi in funzione preventiva, ossia in ragione della sua idoneità a trattenere il reo, che presenti una maggiore propensione a delinquere, dalla tenuta di ulteriori future condotte recidivanti (di qui, il fondamento preventivo)<sup>99</sup>.

La realtà empirica, tuttavia, ha a più riprese dimostrato l'incapacità della recidiva di adempiere le funzioni *supra* menzionate. Ne sono di volta in volta conseguiti diversi interventi legislativi all'insegna di una progressiva maggiore severità, fondati sull'assunto – *ex post* sempre dimostratosi come privo di riscontri empirici né, verosimilmente, verificabile allo stato attuale delle conoscenze empiriche e fattuali<sup>100</sup> – per cui si sarebbe potuta arginare l'inefficienza dell'istituto *de quo* per il mero tramite della minaccia di un trattamento sanzionatorio più severo.

Sotto questo profilo, allora, si dimostra ancora pienamente attuale una risalente metafora proposta nel lontano 1961 da Gian Domenico Pisapia:

«Il sistema adottato dal legislatore italiano potrebbe rassomigliarsi a quello di un medico che, prescritto ad un paziente un certo medicinale ed avendo constatato che esso non ha sortito l'effetto desiderato e che, anzi, il paziente è peggiorato (come appunto dimostra la recidiva), si limitasse a raddoppiare la dose del medicinale, senza neppur domandarsi se il peggioramento del paziente sia dovuto non già alla insufficienza quantitativa del medicinale prescritto, ma alla sua deficienza od inefficienza qualitativa»<sup>101</sup>.

In effetti, l'impostazione seguita dal legislatore in tema di recidiva, lungi dal soddisfare la *ratio* sottesa all'istituto *de quo*, nella realtà non ha fatto che peggiorare il panorama italiano: ne è derivata, infatti, l'incarcerazione massiva di soggetti caratterizzati da un grado di criminalità medio-basso, per lassi di tempo più lunghi di quanto i principi di proporzionalità e di rieducazione imporrebbero ai fini della tollerabilità del trattamento sanzionatorio.

E, soprattutto, ne sono derivate delle riforme (l'ultima delle quali è la Legge ex Cirielli) marcatamente in tensione con tali principi costituzionali – i quali in materia penale dovrebbero invece guidare le scelte di politica criminale del legislatore, a pena di

---

<sup>97</sup> M. Romano, G. Grasso, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Art. 99, Vol. II, 2005.

<sup>98</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 641.

<sup>99</sup> R. Bartoli, voce «Recidiva», in *Enciclopedia del diritto, Annali VII*, 2014, pp. 885 e ss.; A. Melchionda, *Recidiva reiterata*, cit., p. 148.

<sup>100</sup> F. Rocchi, *La recidiva e le misure di sicurezza*, cit., p. 553.

<sup>101</sup> G.D. Pisapia, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 972.

illegittimità costituzionale del corrispondente operato – che, di conseguenza, a più riprese sono state oggetto di censura da ampia parte della dottrina<sup>102</sup>. Riforme che, proprio per tali ragioni, hanno da ultimo spinto la giurisprudenza ad assumere la tendenza a ragionare in termini di risultato, decidendo cioè di dichiarare o meno la recidiva nel caso concreto, a seconda che la pena risultante sia considerata equa o sproporzionata rispetto al fatto di reato compiuto, indipendentemente dall'esistenza dei presupposti che – teoricamente – sarebbero invece *ex se* necessari nonché sufficienti a determinare l'operatività dell'istituto in parola.

La graduale erosione cui è stata sottoposta, ad opera della Corte costituzionale, la disciplina dell'istituto in parola (in particolar modo a partire dal vaglio della Legge ex Cirielli) conferma le criticità di sistema ora richiamate e impone a questo punto di soffermarsi sulla attuale ragion d'essere dell'istituto *de quo* nel sistema di diritto penale italiano nonché sulle eventuali alternative esperibili – indagabili anche in virtù di un approccio di diritto comparato – le quali potrebbero guidare il legislatore verso nuovi orizzonti, meno in tensione coi dettami costituzionali accolti a fondamento del nostro sistema penale.

Tra le prime, e meno radicali, alternative possibili può essere menzionato il ripensamento rispetto ai caratteri di genericità e di perpetuità ricondotti alla recidiva, che già prima dell'implementazione della Riforma ex Cirielli era stato prospettato da una parte della dottrina allo scopo di attenuare le tensioni sottese alla disciplina dell'aggravante in discorso rispetto ai dettami costituzionali alla base del nostro sistema penale ed evitare, di conseguenza, che i trascorsi giudiziari – *rectius*: le condanne definitive – del reo continuassero ad incidere su tale soggetto come una imperitura «spada di Damocle»<sup>103</sup>. In tal modo, sostanzialmente:

- la recidiva potrebbe essere contestata solo in caso di reiterazione di reati della stessa indole, così come definiti ai sensi dell'art. 101 c.p., in virtù del quale «agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge», rispetto ai quali la medesimezza dell'indole è da considerarsi presunta, «ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni», rispetto ai quali la medesimezza dell'indole deve invece essere accertata in concreto, proprio sulla base degli indici – di carattere oggettivo (ossia: la natura dei fatti costitutivi) e soggettivo (ossia: la natura dei motivi determinanti, del movente) – prestabiliti dall'art. 101 c.p.<sup>104</sup>. Tale operazione, per il vero, non costituisce una

---

<sup>102</sup> F. Palazzo, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.

<sup>103</sup> S. Tigano, *La recidiva reiterata tra teoria e prassi*, in *Archivio penale*, 2012, pp. 293 e ss.

<sup>104</sup> A riguardo, può essere citata a titolo esemplificativo la recente Cass. pen., Sez. III, 10 maggio 2019 (ud. 10 maggio 2019, dep. 13 settembre 2019), n. 38009, in *CED Cass. pen.*, 2020, in occasione della quale, dovendosi decidere sulla assimilabilità in punto di indole tra il delitto di associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p. (per cui era intervenuta una precedente condanna definitiva) e il delitto *sub iudice* di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 T.U. stupefacenti, la cassazione ha affermato che la condanna avente ad oggetto la fattispecie di reato di cui all'art. 416-bis c.p. poteva essere «legittimamente ritenuta concernente un reato della stessa indole di quello di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74. Invero, secondo la giurisprudenza per "reati della stessa indole" a norma dell'art. 101 c.p., devono intendersi non soltanto quelli che violano una medesima disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo previsti da testi normativi diversi, presentano nei casi concreti – per la natura dei fatti che li

novità nel panorama di diritto europeo, che infatti ha visto la Spagna, tra il 1983 e il 1995, espungere dal proprio sistema penale la figura della recidiva generica (nonché, si aggiunga, della recidiva reiterata)<sup>105</sup>;

- la recidiva potrebbe essere contestata solo a condizione che tra il reato-presupposto (ossia: l'illecito penale per cui sia già intervenuta la sentenza definitiva di condanna riportata nel Casellario) e il nuovo reato (che impone di discutere sulla configurabilità della recidiva) non sia intercorso un lasso di tempo eccessivamente lungo<sup>106</sup>. E ciò anche sulla base della considerazione per cui, ammettendosi nel sistema penale la prescrizione del diritto di far eseguire le sentenze di condanna, *a fortiori* dovrebbe ammettersi allora anche un termine, decorso il quale potersi prescrivere il diritto a computare la condanna stessa per recidività. Anche in questo caso, si è in presenza di una soluzione legislativa già attuata a livello europeo, avendo il legislatore portoghese eliminato nel 1995 il carattere di perpetuità della recidiva e, corrispondentemente, avendo attribuito in tale occasione di riforma una rilevanza penale alla sola recidiva infraquinquennale<sup>107</sup>.

Se, tuttavia, un tale tipo di correttivi poteva dirsi sufficiente a limare i caratteri più afflittivi della recidiva nel sistema precedente al vaglio della Legge ex Cirielli, a una tale conclusione non può invece giungersi nel panorama di diritto attuale, ormai caratterizzato dall'esistenza di una disciplina irrazionalmente afflittiva sotto diversi altri punti di vista, ulteriori e indipendenti rispetto alla mera genericità e perpetuità dell'aggravante in discorso. Affermazione, questa, che trova evidente ed esplicita conferma nelle numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale che, a cominciare dalla riforma del 2005, hanno interessato il regime normativo cui è sottoposta l'attuale figura di recidiva.

Ne consegue la necessità di interrogarsi sulla possibile esistenza di ulteriori alternative, più radicali, al problema in questa sede trattato. E, a un tale fine, non può che essere di centrale importanza assumere di nuovo una prospettiva di diritto comparato.

In tal sede, risulta allora degno di menzione l'orientamento sostenuto da una larga parte della dottrina<sup>108</sup>, che ritiene che sarebbero ormai maturi i tempi per un intervento del legislatore, volto a qualificare, più ragionevolmente, la recidiva non tanto alla stregua di una circostanza aggravante, quanto piuttosto alla stregua di uno degli elementi espressivi

---

costituiscono o dei motivi che li hanno determinati – caratteri fondamentali comuni [...]. La sentenza impugnata, ancora, ha affermato la sussistenza in concreto della recidiva valorizzando concreti e significativi elementi, quali: l'ininterrotta protrazione, per decenni, delle attività criminali, da parte del ricorrente; la vicinanza della condotta di cui al reato di partecipazione ad associazione mafiosa [...] a quelle oggetto del presente processo; l'agevolazione alla commissione dei reati per i quali è stata pronunciata la condanna impugnata in questa sede derivata dal pregresso inserimento nella compagine di 'ndrangheta».

<sup>105</sup> E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

<sup>106</sup> Soluzione, questa, che per altro venne accolta nella disciplina originaria dell'aggravante *de qua* e, specificamente, all'interno dell'art. 80 co. 1 c.p. Zanardelli: «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».

<sup>107</sup> E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.

<sup>108</sup> In questo senso, E. Dolcini, *La recidiva riformata*, cit.; F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, 2010, in *Giur. cost.*, pp. 3017 e ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., pp. 635 e ss.



della capacità a delinquere del reo ai sensi dell'art. 133 comma 2 c.p. e, come tale, rilevante esclusivamente in sede di commisurazione della pena in senso stretto: ne deriverebbe la capacità da parte della recidiva di implicare un aggravio di pena contenuto esclusivamente entro la cornice edittale di riferimento nel caso concreto<sup>109</sup>.

Quella appena proposta sarebbe, per il vero, una scelta non del tutto inesplorata nel panorama degli ordinamenti statali attuali: il legislatore tedesco, infatti, nel 1986 è pervenuto all'abolizione dell'aggravante della recidiva, in ragione del fatto che da anni, ormai, la giurisprudenza tedesca aveva cessato in modo pressoché generalizzato di servirsi di tale istituto, ritenendolo «fonte di problemi più che di soluzioni»<sup>110</sup> e in generale causa «più (di) danni che (di) benefici»<sup>111</sup>. Ne è conseguito il riconoscimento di un margine di rilevanza alla recidiva molto più limitato, dato che le precedenti condanne del reo sono state sistematicamente ricollocate nel novero dei criteri di commisurazione della pena in senso stretto; nonostante ciò, tale ricollocazione normativa ha avuto come effetto quello di rivitalizzare la operatività dell'istituto in parola, che ad oggi è divenuto infatti uno dei criteri più frequentemente impiegati nella prassi tedesca per determinare la corretta entità di pena da irrogare nel caso concreto.

Una soluzione di questo tipo, sicuramente radicale, determinerebbe in realtà diversi benefici, tra i quali in primo luogo, verosimilmente, l'abbandono da parte della giurisprudenza della tendenza, ormai diffusa, a ragionare – pur surrettiziamente – in termini di risultato, piuttosto che in base all'accertamento dell'esistenza dei presupposti necessari ai fini dell'operatività dell'istituto<sup>112</sup>. La ricollocazione della recidiva tra i criteri di commisurazione della pena in senso stretto, infatti, eliminerebbe in radice il rischio che il giudice si trovi a dover applicare nel caso concreto una pena anche ampiamente discostata per eccesso dal massimo edittale predeterminato dalla legge, con la conseguenza che il giudice risulterebbe meno restio a dar adito nella pratica all'operatività dell'istituto *de quo*.

In secondo luogo, e di riflesso, determinando una tale manovra la necessaria irrogazione di pene più contenute, si perverrebbe certamente a ridurre le eventualità in cui la recidiva risulti in contrasto coi principi che improntano la materia penale nel nostro ordinamento, più volte in precedenza menzionati (*specie*: principi di ragionevolezza, offensività, proporzionalità, colpevolezza e rieducazione), sanciti a livello costituzionale.

In ultimo luogo, occorre evidenziare che la soluzione da ultimo considerata sarebbe del tutto coerente con la natura stessa della recidiva, che viene infatti tradizionalmente intesa come aggravante *sui generis*, in quanto inerente esclusivamente

---

<sup>109</sup> Laddove, invece, ad oggi, in virtù della riconosciuta natura giuridica di aggravante alla recidiva, questa è ovviamente suscettibile di determinare nel caso concreto l'irrogazione di una pena anche superiore rispetto al massimo edittale astrattamente predeterminato dal legislatore.

<sup>110</sup> R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, A.T., Vol. II, 7<sup>a</sup> ed., 1989. Ciò viene rilevato anche da F. Rocchi, *Gli strumenti punitivi di contrasto alla recidiva adottati nell'Europa continentale*, in *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., pp. 315 e ss.

<sup>111</sup> R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, cit.

<sup>112</sup> Tendenza, questa, per altro non deprecabile quanto a *ratio* ispiratrice, trovando comunque la propria origine e motivazione nella percezione dei giudici della palese irrazionalità ed eccessiva severità delle modalità di determinazione del trattamento sanzionatorio alla luce dei parametri attuali, quando a venire in rilievo sia la posizione di un soggetto qualificabile come "recidivo".

alla persona del colpevole, inidonea cioè ad incidere sul fatto-reato in sé considerato, a qualificare in termini di maggior disvalore il fatto-reato, diversamente da quanto può invece comunque affermarsi con riferimento alle altre aggravanti soggettive note al legislatore italiano, le quali, quanto meno indirettamente, si caratterizzano pur sempre per il fatto di incidere sul fatto-reato, determinandone un suo maggior disvalore<sup>113</sup>.

Una indiretta conferma del carattere peculiare tradizionalmente attribuito alla recidiva emerge alla luce dell'orientamento giurisprudenziale più risalente che tende ad escludere la idoneità della recidiva a rendere i reati da procedibili a querela a procedibili *ex officio* sin dalla storica sentenza di cassazione a Sezioni Unite, Paolini, nel 1987 entro la quale era stato chiarito che « 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 »<sup>114</sup>. Nello stesso senso, si è espressa la cassazione anche in tempi più recenti, in particolare nel 2014, quando, nel fare proprio il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nel 1987, ha affermato in tema di truffa (art. 640 comma 3 c. p.) che « la *ratio* del particolare regime di procedibilità prescelto dal legislatore per il delitto di truffa [deve] essere ricercata nella rilevanza degli aspetti civilistici sottesi a tale reato, i quali, però, in presenza di circostanze aggravanti, non possono prevalere sugli interessi pubblicistici. In altre parole, la truffa non è considerata una vicenda eversiva dell'ordine economico, ma piuttosto un fenomeno di valore meramente intersoggettivo, lesivo di un interesse prevalentemente privato. Da qui, anche, la logica della avulsione di una aggravante *sui generis*, come la recidiva, dal novero di quelle per le quali si giustificerebbe il regime di procedibilità *ex officio* [...]. Tale assunto va condiviso e ribadito anche alla luce delle più recenti disposizioni dettate dalla Legge n. 251 del 2005, le quali hanno acuito i connotati "personalistici" della recidiva, rendendone ancor più peculiare il relativo regime. Il richiamo che dunque compare nell'art. 640 c.p., comma 3 alle circostanze aggravanti previste allo stesso articolo o ad 'altre' circostanze aggravanti, non può che essere interpretato – proprio agli effetti della procedibilità – nel senso di escludere da questo novero una circostanza, come la recidiva, senz'altro "speciale" rispetto a quelle che, "ordinariamente", sono chiamate a qualificare in termini di maggior disvalore il fatto-reato, sul che si radica la logica della procedibilità *ex officio* del delitto di truffa. D'altra parte, il carattere ordinariamente "facoltativo" che continua a contraddistinguere la recidiva (...) induce a concludere nel senso che una siffatta "circostanza" mal si presti a "giustificare" (sul piano non soltanto logico ma anche sistematico) la trasformazione della procedibilità in quella officiosa»<sup>115</sup>.

In tema di procedibilità, per il vero, il filone giurisprudenziale più recente ha dimostrato di accogliere l'impostazione opposta, tale per cui – in occasione della sentenza di cassazione a Sezioni Unite del 2020, chiamata ad esprimersi con riferimento ai reati

---

<sup>113</sup> Ad es., le circostanze che concernono: l'intensità del dolo o il grado della colpa (come l'aggravante della c.d. colpa cosciente); le condizioni e le qualità personali del colpevole (come l'aggravante data dallo *status* di pubblico ufficiale, in taluni reati, quali il sequestro di persona ex art. 605 co. 2 c.p.); o i rapporti fra il colpevole e l'offeso (come l'aggravante dell'omicidio ai danni dell'ascendente, del discendente, del coniuge o del partner in unione civile ex art. 577 co. 1 n. 1 c.p.).

<sup>114</sup> Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987 (ud. 31 gennaio 1987, dep. 16 marzo 1987), n. 3152, Paolini, in *Rv.* 175354. In senso conforme, vedi anche Cass. pen., Sez. II, 19 novembre 1999 (ud. 19 novembre 1999, dep. 19 febbraio 2000), n. 1876, in *CED Cass. pen.*, 2000.

<sup>115</sup> Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 2014 (ud. 10 giugno 2014, dep. 17 giugno 2014), n. 26029, in *Riv. pen.*, 2015, fasc. 10, p. 895.

richiamati ex art. 649-*bis* c. p. – sono state anzitutto respinte le censure in forza delle quali, in passato, veniva tendenzialmente esclusa la rilevanza dell'istituto in esame in sede di procedibilità: « all'obiezione che la necessaria certezza processuale verrebbe a dipendere da una provvisoria contestazione, su base meramente formale, della recidiva, destinata magari in seguito a venire meno in ragione della valutazione del giudice è possibile rispondere che [...] tali situazioni trovano una risposta fisiologica in sede processuale, ove l'art. 129 c. p. p., impone, in ogni stato e grado del procedimento, l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, fra le quali rientra anche la mancanza di una condizione di procedibilità [...]. L'obiezione che la rilevanza della recidiva qualificata ai fini della procedibilità del reato verrebbe ad incidere sulle posizioni dei coimputati, i quali si troverebbero ad essere assoggettati a un diverso regime di procedibilità per un fatto a loro totalmente estraneo, è del tutto superata alla luce della riformulazione dell'art. 118 c. p., secondo cui le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono [...]»<sup>116</sup>. Dopodiché, la cassazione ha osservato che costituisce ormai « un vero e proprio diritto vivente l'affermazione che la recidiva costituisce una circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, che non differisce nei suoi meccanismi applicativi dalle ulteriori circostanze del reato (se non per quegli aspetti che risultano esplicitamente regolati in modo peculiare dal legislatore) e che la stessa, nella sua espressione “qualificata”, è una circostanza aggravante ad effetto speciale»<sup>117</sup>. Per tali ragioni, con riferimento ai reati indicati nell'art. 649-*bis* c. p. – ma le argomentazioni qui proposte possono fisiologicamente trovare applicazione in via analogica – la cassazione nel 2020 ha affermato che «il riconoscimento giudiziale, con specifica motivazione, della sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale quale la recidiva qualificata determina la procedibilità d'ufficio»<sup>118</sup>. In sostanza, nel 2020 la cassazione a Sezioni Unite ha respinto l'impostazione precedente che tendeva a riconoscere alla recidiva un carattere *sui generis* e, da ciò, ha tratto la rilevanza della recidiva qualificata – come ogni altra circostanza della medesima matrice e, cioè, a effetto speciale – ai fini della determinazione del regime di procedibilità dei reati cui accede.

Indipendentemente dall'orientamento che, in punto di procedibilità, si intenda condividere, è tuttavia evidente che la recidiva, sul piano contenutistico, differisca rispetto alle altre circostanze aggravanti note al nostro ordinamento, posto che, diversamente da queste, non concorre in alcun modo ad aggravare il disvalore *ex se* del fatto di reato commesso nel momento in cui essa vi accede. Per tale ragione, una scelta legislativa che riqualficasse, più ragionevolmente, la recidiva non tanto alla stregua di una circostanza aggravante, quanto piuttosto alla stregua di uno degli elementi espressivi della capacità a delinquere del reo ai sensi dell'art. 133 comma 2 c.p. (e, come tale, rilevante esclusivamente in sede di commisurazione della pena in senso stretto) da un canto consentirebbe di escludere che un elemento prettamente personologico, privo di ogni legame col fatto *ex se* considerato – quale è la recidiva – finisca per incidere a tal punto sul trattamento sanzionatorio irrogabile, da determinare l'applicazione di una pena travalicante i massimi edittali predeterminati dalla legge. D'altro canto, e di riflesso

---

<sup>116</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020 (ud. 24 settembre 2020, dep. 29 gennaio 2021), n. 3585, in CED Cass. pen., 2021, con nota di E. M. Ambrosetti, *Recidiva e procedibilità d'ufficio: un'inattesa svolta delle Sezioni Unite non esente da critiche*.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

permetterebbe di inquadrare, più correttamente, l'istituto in esame tra i criteri soggettivi di commisurazione della pena, relativi in particolare alla capacità a delinquere del reo, riconsegnando così alla recidiva una valida ragion d'essere all'interno del sistema penale italiano.

Per concludere, è bene evidenziare che optare per una integrale e radicale riforma dell'istituto della recidiva risulterebbe verosimilmente anche la soluzione intellettualmente più onesta, poiché – *specie* alla luce della sempre più pregnante erosione cui è stata sottoposta ad opera della Consulta la disciplina in tema di recidiva introdotta nel 2005 dal legislatore – si riconsegnerebbe in tal modo al legislatore il potere di operare una nuova – e più ponderata – scelta di politica criminale in materia, che possa risultare più coerente rispetto ai principi costituzionali fondamentali che improntano nel nostro ordinamento la materia penale, liberando così il Giudice delle Leggi dall'imbarazzo di doversi costantemente attivare da un canto per salvare, quanto meno in termini generali, la legittimità costituzionale di una disciplina ampiamente in tensione coi dettami costituzionali (e varata per funzioni simboliche, piuttosto che pratiche) e, dall'altro, per limare gli aspetti più critici sottesi all'istituto *de quo*.

## BIBLIOGRAFIA

### *Dottrina*

- R. Bartoli, voce «*Recidiva*», in *Enciclopedia del diritto, Annali VII*, Milano, 2014, pp. 885 e ss.
- F. Bottalico, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006, pp. 17 e ss.
- F. Carrara, in *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1860.
- G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963.
- A. Della Bella, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc.pen.*, 2007, pp. 832-864.
- E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc.pen.*, fasc.2-3, 2007, pp. 515 e ss.
- G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2014.
- F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, CEDAM, 2017.
- A. Melchionda, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la cassazione si avvicina alla "chiusura del cerchio"*, in *Sist. pen.*, 2021, pp. 156 e ss.;
- R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht, A.T.*, Vol. II, 7<sup>a</sup> ed., 1989.
- P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, 1982.
- T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, pp. 32-37.
- F. Palazzo, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.
- M. Pavarini, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *Studi sulla questione Criminale*, n. 2, anno I, 2006, pp. 7-29.
- G. Piffer, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2010, pp. 1-44.
- G.D. Pisapia, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961.
- F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.
- M. Romano, G. Grasso, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Art. 99, Vol. II, 2005.
- A. Scalfati, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, dossier n. 1, 2006, pp. 38 e ss.
- S. Tigano, *La recidiva reiterata tra teoria e prassi*, in *Archivio penale*, 2012, pp. 293 e ss.
- F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, 2010, in *Giur. cost.*, pp. 3017 e ss.
- XIV Legislatura, *Intervento del Ministro della Giustizia On. Roberto Castelli*, in occasione della [seduta n. 560 di mercoledì 15 dicembre 2004](#).

## **Giurisprudenza**

Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987 (ud. 31 gennaio 1987, dep. 16 marzo 1987), n. 3152, Paolini, in *Rv.* 175354.

Cass. pen., Sez. II, 19 novembre 1999 (ud. 19 novembre 1999, dep. 19 febbraio 2000), n. 1876, in *CED Cass. pen.*, 2000.

Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302, Ben Hadhria, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4081.

Cass. pen., Sez. IV., 11 aprile 2007 (ud. 11 aprile 2007, dep. 03 maggio 2007), n. 16750, Serra, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4084.

Corte cost., sent. 5 giugno 2007 (5 giugno 2007, dep. 14 giugno 2007), n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, fasc.3, p. 1842.

Corte cost., ord. 21 novembre 2007 (21 novembre 2007, dep. 30 novembre 2007), n. 409, in *Dir. giust. online*, 2007.

Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2009 (ud. 15 maggio 2009, dep. 3 giugno 2009), n. 22871, Held, in *Cass. pen.*, 2010, p. 615.

Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010 (ud. 27 maggio 2010, dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, Calibé, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094.

Cass. pen., Sez. II, 9 giugno 2010 (ud. 9 giugno 2010, dep. 28 settembre 2010), n. 35006, in *CED Cass. pen.*, 2010.

Corte cost., sent. 7 giugno 2011 (7 giugno 2011, dep. 10 giugno 2011), n. 183, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc.7, p. 811.

Corte cost., sent. 5 novembre 2012 (5 novembre 2012, dep. 15 novembre 2012), n. 251, in *Riv. pen.*, 2013, fasc.1, p. 17.

Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 105, in *Dir. giust.*, 2014.

Corte cost., sent. 14 aprile 2014 (14 aprile 2014, dep. 18 aprile 2014), n. 106, in *Dir. giust.*, 2014.

Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 2014 (ud. 10 giugno 2014, dep. 17 giugno 2014), n. 26029, in *Riv. pen.*, 2015, fasc.10, p. 895.

Corte cost., sent. 8 luglio 2015 (8 luglio 2015, dep. 23 luglio 2015), n. 185, in *Dir. giust.*, 2015.

Corte cost., sent. 24 febbraio 2016 (24 febbraio 2016, dep. 7 aprile 2016), n. 74, in *Dir. giust.*, 2016.

Corte cost., sent. 12 aprile 2017 (12 aprile 2017, dep. 22 maggio 2017), n. 120, in *Dir. giust.*, 2017.

Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2017 (ud. 19 aprile 2017, dep. 30 maggio 2017), n. 27086, in *CED Cass. pen.*, 2017.

Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020 (ud. 24 settembre 2020, dep. 29 gennaio 2021), n. 3585, in *CED Cass. pen.*, 2021, con nota di E. M. Ambrosetti, Recidiva e procedibilità d'ufficio: un'inattesa svolta delle Sezioni Unite non esente da critiche.

Corte cost., sent. 21 giugno 2017 (21 giugno 2017, dep. 17 luglio 2017), n. 205, in *Dir. giust.*, 2017.

Cass. pen., Sez. III, 10 maggio 2019 (ud. 10 maggio 2019, dep. 13 settembre 2019), n. 38009, in *CED Cass. pen.*, 2020.

Corte cost., sent. 7 aprile 2020 (7 aprile 2020, dep. 24 aprile 2020), n. 73, in *Dir. giust.*, 2020.

Corte cost., sent. 31 marzo 2021 (25 febbraio 2021, dep. 31 marzo 2021), n. 55, in *Dir. giust.*, 2021.