

Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., di Gian Luigi Gatta

Cass. Sez. V, 3.7.2014 (dep. 10.9.2014), ord. n. 37443, Pres. Lombardi, Est. Caputo

1. Con l'ordinanza che può leggersi in allegato, la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha sollevato **questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, co. 5 c.p. per contrasto con i principi di uguaglianza/ragionevolezza e di proporzionalità della pena (artt. 3 e 27, co. 3 Cost.)**.

A finire sotto la lente della Consulta è il **regime di obbligatorietà della recidiva**, introdotto nel 2005 dalla legge *ex Cirielli* in relazione a un elenco di delitti non colposi, di particolare gravità, elencati nell'**art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.**

L'ordinanza della Cassazione, qui segnalata, segue a pronunce di segno opposto, che in passato^[1] hanno invece sempre dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale relative all'unica ipotesi di recidiva obbligatoria introdotta nell'art. 99 c.p. in occasione dell'ultima riforma dell'istituto, dopo che la precedente riforma del 1974 aveva sostituito l'originario e generalizzato regime obbligatorio della recidiva con quello facoltativo.

2. La S.C. ricostruisce il quadro dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, delineato in modo sinergico, negli ultimi anni, da una serie di pronunce, anche delle Sezioni Unite, e da plurimi interventi della Corte costituzionale dai quali si evince che l'art. 99, co. 5 c.p.^[2]:

a) configura **l'unica ipotesi (generale) di recidiva obbligatoria**;

b) non individua una nuova forma di recidiva, ma **una particolare qualificazione delle ipotesi di cui ai quattro commi precedenti** (rispettivamente, recidiva semplice, monoaggravata, pluriaggravata, reiterata), avendo l'unica funzione di superare la facoltatività che le connota.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità - riferisce inoltre l'ordinanza di rimessione - **il regime di obbligatorietà della recidiva opera allorché ad essere incluso nel catalogo di cui all'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p. è il nuovo delitto (quello c.d. espressivo)**, non rilevando se il precedente delitto (quello c.d. fondante) è incluso o meno nel medesimo elenco (è quest'ultimo il caso di specie oggetto dell'ordinanza di rimessione).

3. In estrema sintesi, il giudizio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale espresso dalla S.C. - per quanto riguarda il profilo del *vizio di irragionevolezza* - muove dalla premessa della **"identità di fondamento della recidiva facoltativa e di quella obbligatoria"**, ravvisata, in accordo con la richiamata elaborazione giurisprudenziale, nella **più accentuata colpevolezza** e nella **maggiore pericolosità sociale**.

Senonché - osserva la S.C. -, solo il regime di facoltatività consente al giudice di assicurare nel caso concreto che l'applicazione della recidiva "sia coerente con il suo fondamento, ossia, con la riconoscibilità, nella ricaduta nel delitto, di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità sociale".

L'art. 99, co. 5 c.p. introduce infatti un discutibile automatismo basato su una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, delineata dal legislatore con un altrettanto discutibile riferimento all'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.

Si tratterebbe, secondo la Cassazione, di **una presunzione irragionevole** e, pertanto, in contrasto con l'**art. 3 Cost.**: non risponderebbe infatti a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. Richiamando la giurisprudenza costituzionale in tema di presunzioni legali (in partic., C. cost. n. 139/2010), la S.C. ricorda come l'**irragionevolezza di una presunzione assoluta si coglie "tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa"**. Orbene, secondo l'ordinanza annotata è "*agevole*" ipotizzare casi in cui la commissione di un delitto ricompreso nell'**art. 407, co.2 lett. a) c.p.p.**, da parte di chi abbia riportato una precedente condanna per un (qualsiasi) delitto non colposo, non è espressiva di una particolare colpevolezza e sintomatica di una maggiore pericolosità sociale. Si tratta dei casi nei quali il giudice, se potesse impiegare i criteri di giudizio propri della recidiva facoltativa - dando rilievo, ad es., al tempo trascorso dalla precedente condanna e al grado di omogeneità tra i delitti oggetto delle condanne - non riterrebbe sussistente l'aggravante (così nel caso esaminato dalla S.C., che vede come delitto fondante la rissa, e come delitto presuntivamente espressivo l'induzione alla prostituzione, ovvero la riduzione/mantenimento in servitù, cioè reati del tutto disomogenei e privi di una connessione con il primo).

D'altra parte, l'irragionevolezza della disposizione censurata trova ulteriore conferma, secondo la Cassazione, nel criterio legislativo di individuazione dei reati espressivi della recidiva obbligatoria: **sotto tiro è qui il riferimento dell'art. 99, co. 5 c.p. all'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p.**, che contiene un elenco di delitti individuato *a fini processuali* (durata delle indagini preliminari o sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare), privo di (necessarie) correlazioni con l'accertamento delle condizioni che fondano l'aumento di pena per la recidiva. Si tratta d'altra parte di un elenco comprensivo di alcuni - ma non di tutti - i delitti di particolare gravità e allarme sociale.

4. Il vizio di irragionevolezza, secondo la S.C., porta con sé, a cascata, quelli relativi:

a) alla **disparità di trattamento** (*sub specie* di trattamento identico, riservato dall'**art. 99, co. 5 c.p.** a situazioni diverse: quelle in cui il nuovo delitto è indice di maggiore colpevolezza/pericolosità, e quelle in cui invece non lo è), con ulteriore *vulnus* al principio consacrato nell'**art. 3 Cost.**;

b) alla **proporzionalità della pena**, sul rilievo che "una pena palesemente sproporzionata - e dunque inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato - vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa" assegnata alla pena stessa dall'**art. 27, co. 3 Cost.**

5. Bene ha fatto la Cassazione - a noi pare - a chiamare la Corte costituzionale allo scrutinio di uno dei frutti più controversi della riforma della recidiva attuata nel 2005; si tratta, a ben vedere, di uno dei più rilevanti automatismi sanzionatori introdotti da quella riforma, che a differenza di molti altri non sono ancora caduti sotto la scure della Corte costituzionale, né sono stati neutralizzati dall'interpretazione conforme a Costituzione.

Queste brevi note, che si propongono il solo l'obiettivo di presentare l'ordinanza di rimessione, non rappresentano certo la sede per valutazioni articolate e complesse, alle quali la Corte costituzionale è ora chiamata. Premesso che le censure di irragionevolezza mosse dalla Cassazione sembrano condivisibili, ci limitiamo a ribadire^[3] tre considerazioni, tra le molte possibili:

a) opportunamente la S.C. non si è limitata a censurare, nella prospettiva dell'**art. 3 Cost.**, la **disparità di trattamento**, ai fini della recidiva, tra i delitti compresi nell'elenco di cui all'**art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p.** e gli altri delitti, non compresi in quell'elenco. Se lo avesse fatto sarebbe stato

verosimile pronosticare una dichiarazione di infondatezza: la Corte costituzionale (sent. n. 183/2011) ha infatti già avuto occasione di affermare in termini generali che "in linea di principio la considerazione, ai fini del trattamento penale, della recidiva...in unione con alcuni gravi reati non contrasta con l'art. 3 Cost. e...l'individuazione di questi reati rientra nella discrezionalità del legislatore...". D'altra parte, come abbiamo sottolineato in altra sede, e l'ordinanza annotata non ignora^[4], la Corte (sent. n. 5/1977), dopo la riforma del 1974, dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., di un'ipotesi superstite di recidiva obbligatoria - la **recidiva nel contrabbando** ex art. 296 d.P.R. n. 43/1973 -, che giustificò in ragione delle "particolari caratteristiche del reato, che postulano logicamente, per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace";

b) opportunamente la Cassazione ha puntato l'asse delle censure sull'irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità di cui è espressione l'art. 99, co. 5 c.p. La Corte costituzionale non potrà sottrarsi a una regola di giudizio già richiamata, e già sperimentata anche e proprio a proposito delle presunzioni di pericolosità legate alla recidiva (v. ad es. la sent. n. 183/2011, relativa ad ipotesi di preclusione della concessione delle attenuanti generiche al recidivo reiterato): "le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*". E' un criterio che notoriamente è stato impiegato dalla Corte per avviare il superamento delle presunzioni di pericolosità nella disciplina delle *misure di sicurezza*, portato a compimento dalla legge Gozzini del 1986^[5], e che, nella più recente giurisprudenza costituzionale (tra le altre, Corte cost. nn. 265/201, 164/2011, 231/2011), ha rappresentato la cartina di tornasole per valutare - ed escludere - la ragionevolezza di *presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere* previste dall'art. 275, co. 3 c.p.p. Nella sua più recente giurisprudenza la Corte ha d'altra parte precisato l'anzidetta regola di giudizio fornendo all'interprete *il metro per misurare l'irragionevolezza di una presunzione assoluta*, che "si coglie tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa". Orbene, a noi pare persuasiva l'ordinanza di rimessione nella parte in cui, a tal proposito, ritiene *agevole, per l'appunto, ipotizzare casi in cui la presunzione legale censurata può essere in concreto smentita, valorizzando fattori quali l'occasionalità dei reati avvinti dalla recidiva, ovvero il tempo trascorso tra l'uno e l'altro, ovvero, come nel caso esaminato dalla Cassazione, la disomogeneità tra i reati di cui si tratta* (la rissa e reati connessi alla prostituzione, che nulla hanno a che fare con la rissa stessa).

c) Infine, non va trascurata una strada, che potrebbe portare la Corte costituzionale a dichiarare **inammissibile** la questione, come già in una precedente occasione risalente al 2009: la Corte potrebbe infatti richiamarsi a una propria ordinanza di manifesta inammissibilità (la n. 171/2009), con la quale ha indicato al giudice ordinario una soluzione ermeneutica che *amplia* i margini della discrezionalità giudiziale, limitando *l'ambito* della recidiva obbligatoria: **ritenere che, perché si configuri la recidiva obbligatoria, debba rientrare nell'elenco di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p. non solo il nuovo delitto, ma anche il delitto (o i delitti) oggetto di precedente condanna**. E' una soluzione secondo noi apprezzabile nella misura in cui accredita una lettura restrittiva e garantista dell'art. 99, co. 5 c.p. - ad oggi del tutto minoritaria - che tuttavia lascia aperto il problema della legittimità costituzionale di tale disposizione. Senonché, come sottolinea non a caso l'ordinanza qui annotata, il diritto vivente (oggi ben più che nel 2009) è consolidato nel senso di ritenere che per la configurabilità della recidiva obbligatoria è sufficiente che il solo delitto c.d. espressivo sia compreso nel catalogo della citata disposizione processuale (in questo senso si è d'altra parte espressa anche la stessa Corte costituzionale: ad es., nella sent. n. 183/2011).

La parola passa dunque alla Corte costituzionale, e a quanti vorranno contribuire al dibattito, anche e proprio sulle pagine della nostra *Rivista*.

[1] Cfr. Cass. Sez. II, 21.11.2012 (dep. 20.2.2013), n. 8076, Consolo, in *Ced Cassazione*, m. 254535; Cass. Sez. II, 9.2.2011 (dep. 23.2.2001), n. 6950, Blanco, *ivi*, m. 249458.

[2] Sia consentito rinviare a G.L. Gatta, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2011, *sub art.* 99, p. 1455 s.

[3] Sia consentito rinviare a G.L. Gatta, *sub art.* 99, *cit.*, p. 1458; ID., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 266 s.; ID., *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in R. Garofoli, T. Treu (diretto da), *Treccani, Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 183.

[4] V. il § 3.4. della motivazione nonchè, per quanto ci riguarda, i lavori citati nella nota precedente.

[5] Cfr. Corte cost., sent. 20 gennaio 1971, n. 1, in *Giur. cost.*, 1971, 1 s., con nota di Vassalli; Corte cost., sent. 27 luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1585 s., con nota di MUSCO; Corte cost., sent. 28 luglio 1983 n. 249, *ivi*, 1984, 460 s., con nota di Giuri. Per un quadro della giurisprudenza richiamata v., da ultimo, Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1013 s.



1. Con sentenza deliberata il 21/12/2011, la Corte di assise di Napoli aveva dichiarato [REDACTED] colpevole dei reati di cui all'art. 600 cod. pen. (per avere ridotto e mantenuto in stato di soggezione la minore [REDACTED] conducendola dalla Romania a Napoli, approfittando del suo stato di inferiorità psichica e di necessità, sottraendole la carta di identità, impedendole di uscire, se non accompagnata, e di far rientro in Romania quando ne aveva fatto richiesta, costringendola a prostituirsi nei luoghi prescelti, indicandole le somme di denaro da chiedere ai clienti e impossessandosi delle stesse: capo A) e all'art. 600 *bis*, primo comma, cod. pen. (per avere - con la condotta descritta nel precedente capo di imputazione - indotto alla prostituzione e sfruttato la prostituzione della minore [REDACTED] capo B): applicate le circostanze attenuanti generiche, esclusa la contestata recidiva (non ravvisandosi un'attuale maggiore capacità a delinquere del reo o una sua attuale accresciuta pericolosità sociale) e ritenuta la continuazione tra i reati, il giudice di primo grado aveva condannato [REDACTED] alla pena di cinque anni e sei mesi di reclusione. La Corte di assise di Napoli aveva inoltre dichiarato [REDACTED] colpevole, in concorso con [REDACTED] del reato di cui all'art. 600 *bis*, primo comma, cod. pen. e, applicate le circostanze attenuanti generiche e la circostanza attenuante di cui all'art. 114 cod. pen., l'aveva condannata alla pena di giustizia, assolvendola dall'imputazione ex art. 600 cod. pen. per non aver commesso il fatto.

Investita dell'appello degli imputati e di quello del P.G., la Corte di assise di appello di Napoli, con sentenza deliberata il 05/07/2013, in parziale riforma della sentenza di primo grado - limitata la dichiarazione di responsabilità di [REDACTED] [REDACTED] alla condotta di sfruttamento di cui all'art. 600 *bis*, primo comma, cod. pen. - ha, con riferimento alla posizione di [REDACTED], accolto l'impugnazione del P.G. in ordine all'obbligatorietà della recidiva (risultando l'imputato gravato da un precedente penale per il reato di rissa ex art. 588 cod. pen.), sicché, individuato come più grave il reato *sub* A) e ritenute le attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti della recidiva e di cui all'art. 602 *ter* cod. pen., ha rideterminato la pena in otto anni e due mesi di reclusione (anni otto per il reato più grave, aumentata come sopra per la continuazione), confermando nel resto la sentenza di primo grado.

In particolare, il giudice di appello, da una parte, ha dato atto della credibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, evidenziandone l'attendibilità intrinseca e la coerenza con le risultanze emergenti dall'intervento della polizia giudiziaria nell'immediatezza del fatto (la presenza di indumenti e del telefonino della minore nella baracca in cui viveva con gli imputati, ma l'assenza dei suoi documenti e di somme di denaro, laddove la carta di identità fu rinvenuta in altra baracca indicata da [REDACTED] e, dall'altra, ha sottolineato l'inverosimiglianza sia della versione difensiva, non ravvisandosi motivi che giustificassero l'ospitalità a titolo gratuito della persona offesa, sia della prospettiva di [REDACTED] in ordine al trasporto in Italia della ragazza. Altro dato significativo - nella ricostruzione della Corte di assise di appello di Napoli - è rappresentato dalla registrazione dei dati estrinseci delle comunicazioni relative all'utenza in uso alla minore, dalla quale emerge che nel periodo di interesse (settembre 2010 - febbraio 2011) su tale utenza giunsero numerose chiamate (circa seicento) proprio dall'utenza intestata a [REDACTED] esclusivamente in orario serale (tra le ore 19,00 e 01,00), mentre è risultato davvero esiguo il numero delle chiamate in altri momenti della giornata, il che conferma ulteriormente quanto dichiarato dalla persona offesa in ordine alle funzioni di controllo esercitate su di lei dall'imputato, smentendo, allo stesso tempo, gli intenti munifici prospettati da quest'ultimo. La Corte di assise di appello - ribadita la configurabilità del concorso formale dei due reati ascritti all'imputato già ritenuta dal primo giudice - ha poi motivato in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, dello stato di soggezione della persona offesa connesso allo stato di inferiorità psichica e di necessità in cui la minore versava, richiamando, al riguardo, molteplici circostanze: la persona offesa era minorenni, non parlava e non capiva l'italiano, non aveva risorse economiche né dimora, non era in condizione di mettersi in contatto con i propri famigliari e si era di conseguenza trovata in una condizione di totale solitudine, ostaggio del sostegno materiale dell'imputato. Per altro verso, lo stato di soggezione è dimostrato, nel percorso motivazionale della sentenza impugnata, dall'approntamento di un rigido controllo sui movimenti della ragazza, confermato dalle risultanze di cui ai tabulati telefonici - sopra richiamate - e realizzato mantenendola priva di denaro, non lasciandola mai sola, sottraendola ad ogni contatto con terzi diversi dai clienti.

2. Avverso l'indicata sentenza della Corte di assise di appello di Napoli ha proposto ricorso per cassazione, nell'interesse di [REDACTED] e di [REDACTED] [REDACTED] il difensore avv. G. Iacobelli.

2.1. Il ricorso denuncia, in primo luogo, vizi di motivazione: la sentenza impugnata, secondo il ricorrente, ha omesso di motivare in ordine agli elementi che, contraddicendo la tesi accusatoria, dimostrano la totale libertà e autonomia di vita e di gestione della minore, le cui scelte in ordine all'ingresso e alla permanenza in Italia e all'esercizio della prostituzione sono stati improntate alla più completa autodeterminazione; mentre la difesa aveva chiesto un nuovo esame della teste, per verificare come le sue dichiarazioni fossero prive di credibilità logica, la Corte di assise di appello - osserva ancora il ricorrente - non ha motivato in ordine alla prova dell'effettiva riduzione o mantenimento in stato di soggezione della minore.

2.2. Con esclusivo riferimento alla posizione di [REDACTED] il ricorso censura, in secondo luogo, il ritenuto concorso dei reati contestati, in quanto il *quid pluris* del reato di riduzione in schiavitù è assorbito dal reato di sfruttamento della prostituzione o, al contrario, la condotta del reato di cui all'art. 600 *bis* cod. pen. assorbe quella del reato di cui all'art. 600 cod. pen.

2.3. In terzo luogo, il ricorso denuncia l'erroneità della sentenza impugnata, laddove, in parziale accoglimento del ricorso del P.G., ha aumentato la pena irrogata all'imputato [REDACTED], non essendo condivisibile il giudizio di obbligatorietà di applicazione della recidiva, in quanto il potere di applicazione o meno della stessa deve ritenersi facoltativo; qualora la tesi difensiva non dovesse essere condivisa, il ricorso eccepisce l'illegittimità costituzionale degli artt. 99 e 69 cod. pen., dell'art. 407, comma 2, cod. proc. pen. in riferimento agli artt. 3, 25, 27 e 111 Cost.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, cod. pen. in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

2. La questione è rilevante, in quanto, nella fattispecie concreta, sussistono, alla luce dei consolidati orientamenti giurisprudenziali di seguito esaminati, i presupposti per l'applicazione della recidiva obbligatoria di cui alla norma censurata. In premessa, rileva il Collegio che, all'esito della deliberazione delle censure del ricorrente richiamate *sub* 2.1. del *Ritenuto in fatto*, deliberazione svolta alla luce della motivazione della sentenza della Corte di assise di appello sopra sinteticamente ripercorsa e sufficiente ai fini dello scrutinio della rilevanza della questione - dovendosi escludere la necessità di un'anticipazione del giudizio circa le doglianze attinenti alla dichiarazione di responsabilità dell'imputato in

ordine ai reati per i quali si procede (cfr., in analoga fattispecie, Corte costituzionale, sentenza n. 78 del 2002) -, viene in rilievo l'esame del motivo relativo all'applicazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale. Al medesimo esito conduce la delibazione delle censure richiamate *sub* 2.2. del *Ritenuto in fatto*, a proposito delle quali, peraltro, deve osservarsi, che entrambi i reati per i quali si procede (artt. 600 e 600 *bis*, primo comma, cod. pen.) sono inclusi nel "catalogo" di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. (precisamente, al numero 7 *bis*), sicché qualsiasi soluzione in ordine alla doglianza del ricorrente comporterebbe la conferma della condanna intervenuta nei gradi di merito per - almeno - uno dei due delitti "espressivi" della recidiva obbligatoria, il che, come si vedrà, è sufficiente ad integrare il presupposto applicativo della norma censurata.

Allo scopo di dar conto del giudizio di rilevanza della questione, è, dunque, necessario mettere in evidenza gli approdi giurisprudenziali in ordine alla natura obbligatoria della recidiva ex art. 99, quinto comma, cod. pen., ai suoi rapporti con le diverse figure di recidiva prese in considerazione dai commi precedenti del medesimo articolo e ai presupposti della stessa recidiva obbligatoria.

2.1. Del tutto pacifica è la natura obbligatoria della recidiva ex art. 99, quinto comma, cod. pen., già evocata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2007 (che aveva indicato nella figura in esame «l'unica previsione espressa di obbligatorietà della recidiva») e poi confermata dal successivo consolidamento della ricostruzione della disciplina introdotta dall'art. 4 della legge n. 251 del 2005, incentrata sulla "contrapposizione" tra le diverse figure di recidiva delineate dai primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen. e quella, appunto, obbligatoria prevista dal quinto comma (cfr., *ex plurimis*, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010 - dep. 05/10/2010, P.G., Calibe' e altro). La formulazione della norma («... l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio ...») rende impraticabili letture della stessa orientate ad escludere il carattere obbligatorio della figura di recidiva in esame, posto che, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (sentenze n. 232 del 2013; n. 78 del 2012).

2.2. La giurisprudenza di legittimità ha poi affrontato il quesito se a ciascuna delle forme di recidiva (semplice, monoaggravata, pluriaggravata, reiterata) corrisponda una figura di recidiva obbligatoria. Superando precedenti incertezze, il quesito ha trovato risposta affermativa, come sostenuto dalle Sezioni unite di questa Corte (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011 - dep. 24/05/2011, P.G. in proc. Indelicato), secondo cui «l'incipit della norma ("se si tratta di uno dei delitti

indicati all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.") e la sua stessa collocazione rendono evidente che la previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 cod. pen. affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria, sottoposte, di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa, salvo che per il caso previsto per la recidiva obbligatoria monoaggravata, per la quale l'aumento di pena spazia da un terzo alla metà (art. 99, commi secondo e quinto, cod. pen.), mentre la corrispondente ipotesi di recidiva facoltativa prevede un aumento fino alla metà», sicché «la funzione del quinto comma è quella di prefigurare, in rapporto a ciascuna delle forme di recidiva facoltativa in precedenza disciplinate, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria». Ricollegandosi a un indirizzo già affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 46875 del 12/11/2009 - dep. 09/12/2009, Moussaid e altri, Rv. 246254), la tesi autorevolmente sostenuta dalle Sezioni unite ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza di legittimità, che ha sottolineato come il comma quinto dell'art. 99 cod. pen. non individui una nuova forma di recidiva ma una particolare qualificazione delle ipotesi di cui ai quattro precedenti commi, avendo l'unica funzione di superare la facoltatività che le connota (Sez. 5, n. 48655 del 15/11/2012 - dep. 14/12/2012, Amato, Rv. 254560).

La tesi in esame, del resto, trova un solido riscontro normativo nel secondo comma dell'art. 62 *bis* cod. pen. - anch'esso novellato dalla legge n. 251 del 2005 - la cui disciplina è riferita ai «casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale ...»: come è stato rilevato in dottrina, l'ipotesi presa in considerazione dal secondo comma dell'art. 62 *bis* cod. pen. è quella della recidiva obbligatoria (rilievo, questo, sottolineato anche dalla sentenza n. 183 del 2011 della Corte costituzionale), sicché se la disciplina dettata dall'art. 99, quinto comma, cod. pen. si riferisse non a tutte le figure di recidiva, ma solo a quella reiterata, l'articolato riferimento operato dal secondo comma dell'art. 62 *bis* cod. pen. non troverebbe giustificazione, in quanto sarebbe stato sufficiente il mero richiamo, appunto, all'art. 99, quinto comma, cod. pen.

Nel caso di specie, la qualificazione come obbligatoria della recidiva semplice applicata all'imputato è, dunque, in linea con l'orientamento accreditatosi nella giurisprudenza di legittimità.

2.3. Il problema interpretativo connesso al quesito se, ai fini della configurabilità della recidiva obbligatoria ex art. 99, quinto comma, cod. pen., il reato ricompreso nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. debba essere quello oggetto della precedente condanna ovvero il nuovo

delitto in relazione al quale deve applicarsi la recidiva obbligatoria ovvero indifferentemente l'uno o l'altro o entrambi (problema interpretativo il cui mancato esame ha determinato alcune declaratorie di inammissibilità di questioni aventi ad oggetto la norma in esame: cfr., ad esempio, l'ordinanza n. 171 del 2009) ha trovato anch'esso risposta nel consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità. La tesi secondo cui la recidiva, semplice, reiterata o infraquinquennale, è obbligatoria, in forza della previsione dell'art. 99, comma quinto, cod. pen., nel caso in cui il soggetto commetta un nuovo delitto incluso fra quelli indicati dall'art. 407, comma secondo, lett. a), cod. proc. pen., non rilevando se il delitto per il quale vi è stata precedente condanna rientri o meno nell'elencazione di cui al menzionato art. 407 (Sez. 1, n. 46875 del 12/11/2009 - dep. 09/12/2009, Moussaid e altri, Rv. 246254; conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 36218 del 23/09/2010 - dep. 11/10/2010, Pisanello e altri, Rv. 248289) ha ricevuto conferma ad opera delle Sezioni unite di questa Corte; secondo Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011 - dep. 24/05/2011, P.G. in proc. Indelicato «l'applicabilità della previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 cod. pen. solo qualora il nuovo reato sia riconducibile all'elenco dell'art. 407, comma 2, lett. a) cod. proc. pen.» trova fondamento in vari argomenti: «l'interpretazione sistematica del quinto comma alla luce di quelli precedenti, che fondano la sussistenza della recidiva sulla commissione di un "nuovo" o di "altro" delitto (cfr. in particolare commi primo, secondo e quarto), rende evidente che il legislatore ha voluto attribuire rilievo alla circostanza che il nuovo delitto sia ricompreso nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. D'altronde, la circostanza che solo nel caso della recidiva specifica il legislatore abbia espressamente attribuito rilievo anche alla omogeneità tra il reato oggetto della previa condanna e quello successivamente posto in essere è ulteriormente indicativa del fatto che, nelle altre ipotesi, tale profilo è irrilevante. Tale lettura è confortata, inoltre, dal rinvio contenuto nell'art. 99, comma quinto, cod. pen., ai "casi indicati al secondo comma", contenente a sua volta l'espresso riferimento alla commissione di un "nuovo delitto non colposo" (cfr. nn. 1, 2, 3 dell'art. 99, comma secondo, cod. pen.)».

Il consolidato indirizzo confermato dalle Sezioni unite di questa Corte rende ragione, anche sotto questo profilo, della qualificazione come obbligatoria della recidiva applicata nel caso di specie all'imputato, posto che, come si è anticipato, entrambi i reati per i quali è intervenuta condanna sono ricompresi nel "catalogo" di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.

3. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, cod. pen. non è manifestamente infondata in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il

duplice profilo della manifesta irragionevolezza della norma censurata e dell'identità di trattamento di situazioni diverse cui essa dà luogo, e all'art. 27, terzo comma, Cost.

3.1. I vari problemi interpretativi sorti a seguito della sostituzione, ad opera dell'art. 4 della legge n. 251 del 2005, dell'art. 99 cod. pen. (nella versione, a sua volta, frutto della sostituzione operata dall'art. 9 del d.l. 11/04/1974, n. 99, convertito dalla l. 07/06/1974, n. 220) hanno consentito di mettere a fuoco – oltre alla natura facoltativa delle figure di recidiva di cui ai primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen. a fronte dalla connotazione obbligatoria rivestita dalla disciplina di cui al quinto comma del medesimo articolo (vd. *supra*, par. 2.1.) – la fisionomia dell'istituto, attraverso non solo la piena consapevolezza della sua natura circostanziale (e delle conseguenze derivanti da detto inquadramento), ma anche l'individuazione del suo fondamento e – in stretta connessione con essa – dei criteri applicativi della recidiva facoltativa.

A questo proposito, in una feconda progressione "in parallelo" della giurisprudenza costituzionale e di quella di legittimità, si è fatto riferimento alla più accentuata colpevolezza e alla maggiore pericolosità del reo (Corte cost., sentenza n. 192 del 2007): alla stregua dei criteri in tema di recidiva facoltativa, pertanto, l'aumento di pena per il fatto per il quale si procede può essere disposto «solo allorché il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Corte cost., ordinanza n. 409 del 2007; conf., *ex plurimis*, ordinanze nn. 33 del 2008, 90 del 2008, 193 del 2008). In linea con l'impostazione adottata dal Giudice delle leggi, le Sezioni unite di questa Corte hanno sottolineato, da una parte, che «il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità del soggetto o un suo status personale svincolato dal fatto reato» e, dall'altra, che il riconoscimento e l'applicazione della recidiva quale circostanza aggravante postulano, invece, «la valutazione della gravità dell'illecito commisurato alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva – sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale – quale aspetto della colpevolezza e della capacità di realizzazione di nuovi reati, soltanto nell'ambito di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso, che deve essere concretamente significativo – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011 - dep. 24/05/2011, P.G. in proc. Indelicato).

Il richiamo, operato dalle Sezioni unite, ad una necessaria «relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso» giova a mettere in luce, fin d'ora, l'ineludibile riferimento – già univocamente emergente dalle richiamate pronunce della Corte costituzionale – ad un accertamento nel caso concreto dell'applicabilità della recidiva facoltativa in base ai criteri richiamati e in linea con lo stesso fondamento dell'istituto: infatti, nelle ipotesi previste dai primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., compito del giudice è quello di «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali» (Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010 - dep. 05/10/2010, P.G., Calibe' e altro). I criteri indicati dalle Sezioni unite riflettono le condizioni "sostanziali" per l'applicazione della circostanza aggravante, fungendo così da strumento necessario ad assicurare che, nel caso concreto, l'applicazione della recidiva sia coerente con il suo fondamento, ossia, con la riconoscibilità, nella ricaduta nel delitto, di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo.

Viene qui in chiaro rilievo la netta e irreversibile discontinuità tra la fisionomia della recidiva assunta a seguito dei vari interventi novellatori e della convergente elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale e della Corte di cassazione e quella delineata nell'impostazione originaria del codice penale, un'impostazione, quest'ultima, al lume della quale «la recidiva (definita dal più autorevole studioso di quegli anni come una questione di "diritto" e non di "fatto") comportava inderogabilmente e automaticamente un effetto di aggravamento della pena (salva la ipotesi della "recidiva facoltativa" di cui all'art. 100 cod. pen., poi abrogato), tanto che questo era strettamente conseguente alla relativa iscrizione nel casellario giudiziale e alla formale contestazione» (Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011 - dep. 15/02/2012, Marciano').

3.2. L'accertamento, nel caso concreto, della significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo è, invece, estraneo alla disciplina della recidiva obbligatoria dettata dalla norma qui censurata: l'art. 99, quinto comma, cod. pen., infatti, «preclude al giudice l'accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso – in rapporto alla natura e al tempo di commissione

dei precedenti e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – "sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo"» (Corte cost., sentenza n. 183 del 2011), una preclusione, questa, che deriva – come rilevato dalla stessa sentenza n. 183 del 2011 appena citata – da un automatismo basato su una presunzione.

Attesa, evidentemente, l'identità del fondamento della recidiva facoltativa e di quella obbligatoria, l'oggetto di detta presunzione coincide con le condizioni "sostanziali" per l'applicazione della circostanza aggravante, sicché lo scrutinio di legittimità costituzionale della norma censurata rinvia, in prima battuta, alla valutazione della ragionevolezza della presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo delineata dal legislatore con riferimento ai delitti espressivi ricompresi nel "catalogo" di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.: si tratta, in altri termini, di valutare se i criteri in forza dei quali il giudice, nei casi di cui ai primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., accerta se in concreto la reiterazione del delitto sia espressione di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità possano legittimamente formare oggetto di una presunzione assoluta costruita normativamente esclusivamente sull'individuazione di determinati reati espressivi.

3.3. La risposta negativa al problema di legittimità costituzionale enunciato si ricollega alla stessa configurazione della recidiva, ossia ai canoni della perpetuità e della genericità che la caratterizzano, e alle connotazioni intrinseche dei parametri applicativi della recidiva facoltativa oggetto della presunzione assoluta di cui al quinto comma dell'art. 99 cod. pen. Premesso, infatti, che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», potendosi cogliere l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (Corte cost., sentenza n. 139 del 2010), l'"agevole" possibilità di ipotizzare casi in cui, a fronte della commissione, da parte di un soggetto già condannato per un delitto non colposo, di un nuovo delitto richiamato dal quinto comma dell'art. 99 cod. pen., la reiterazione del delitto non sia espressione di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo, si ricollega alla preclusione della verifica della «relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso» (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011 - dep. 24/05/2011, P.G. in proc. Indelicato): il riferimento ad un determinato reato espressivo (ovvero a una categoria o a un "elenco" di reati espressivi) è in radice

inidoneo a fornire alla presunzione in cui si sostanzia la norma censurata dati di esperienza generalizzati in ordine alla sintomaticità del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo (Corte cost., sentenza n. 183 del 2011), sintomaticità il cui accertamento, come si è visto, richiede la verifica in concreto di una serie di elementi (la natura dei reati, il tipo di devianza di cui sono il segno, la qualità dei comportamenti, il margine di offensività delle condotte, la distanza temporale e il livello di omogeneità esistente fra loro, l'eventuale occasionalità della ricaduta e ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, nella sintesi offerta da Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010 - dep. 05/10/2010, P.G., Calibe' e altro) insuscettibili di trovare effettiva espressione nella mera indicazione del titolo del nuovo delitto commesso e, dunque, di formare oggetto della presunzione assoluta di cui alla norma censurata.

Svincolata dall'accertamento in concreto sulla base dei criteri applicativi indicati e affidata alla sola indicazione del titolo del nuovo delitto, l'applicazione obbligatoria della recidiva viene privata di una base empirica adeguata a preservare il fondamento della circostanza aggravante (ossia l'attitudine della ricaduta nel delitto ad esprimere una più accentuata colpevolezza e una maggiore pericolosità del reo), risolvendosi in una presunzione assoluta - appunto - di più accentuata colpevolezza o di maggiore pericolosità del tutto irragionevole. Esemplare, in questo senso, è la fattispecie concreta oggetto del presente giudizio: pur erroneamente obliterando la disciplina di cui all'art. 99, quinto comma, cod. pen. applicabile al caso di specie, il giudice di primo grado aveva escluso, valutando in reciproca correlazione il delitto fondante (una rissa) e i delitti per i quali si procede, la sussistenza delle condizioni "sostanziali" dell'applicazione della recidiva, applicazione, invece, imposta dalla norma censurata. c

La manifesta irragionevolezza della norma sospettata di illegittimità costituzionale trova ulteriore conferma nel criterio legislativo di individuazione dei reati espressivi della recidiva obbligatoria, criterio incentrato sul catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., che contiene «un elenco di reati ritenuti dal legislatore, a vari fini, di particolare gravità e allarme sociale» (Corte cost., sentenza n. 192 del 2007): invero, una valutazione di gravità e allarme sociale di determinati reati effettuata in relazione ad istituti processuali (quali la durata delle indagini preliminari ovvero la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare) è priva di correlazione con l'accertamento della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni applicative della recidiva. Più in generale, né la gravità del nuovo delitto (rispetto alla quale, /

peraltro, deve osservarsi che nel "catalogo" cui rinvia la norma censurata non sono ricomprese molteplici figure delittuose di gravità - quanto alla comminatoria edittale - maggiore o uguale rispetto a quella di delitti invece richiamati dall'art. 407, comma 2, lett. a, cod. proc. pen.), né l'allarme sociale ad esso associabile (valorizzato, invece, da Sez. 2, n. 6950 del 09/02/2011 - dep. 23/02/2011, Blanco e altro, Rv. 249458, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, cod. pen., pur riconoscendo nella norma i connotati di «un "automatismo sanzionatorio" correlato ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale») sono in alcun modo indicativi di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo delitto idonea ad offrire un congruo fondamento giustificativo al giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità in cui si sostanzia (deve sostanziarsi) l'applicazione della recidiva.

Del resto, l'argomentare sviluppato dalle richiamate sentenze delle Sezioni unite al fine di corroborare la tesi della facoltatività della recidiva fuori dell'ipotesi disciplinata dal quinto comma dell'art. 99 cod. pen. conferma l'impostazione qui seguita: l'interpretazione contrastata dalle Sezioni unite, infatti, «finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato - dunque foriero di possibili disequaglianze - nell'*an* e nel *quantum* (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e, in definitiva, verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia "concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo" (Corte cost., n. 192/2007)» (Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010 - dep. 05/10/2010, P.G., Calibe' e altro). Ribadita l'identità del fondamento della recidiva indipendentemente dal regime di facoltatività o di obbligatorietà della relativa disciplina ed esclusa, alla luce delle considerazioni svolte, l'idoneità della mera indicazione legislativa di reati ritenuti di particolare gravità e allarme sociale ad esprimere, secondo la logica della presunzione, la concreta significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza o della maggiore pericolosità del reo, il ripudio, imposto dalla giustificazione costituzionale dell'istituto, di «qualsiasi automatismo, ossia dell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra status della persona e reato commesso» (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011 - dep. 24/05/2011, P.G.

in proc. Indelicato) rende ragione - anche - della prospettata questione di legittimità costituzionale (diversamente da quanto ritenuto da Sez. 2, n. 8076 del 21/11/2012 - dep. 20/02/2013, Consolo, Rv. 254535, che, richiamando l'argomentare delle Sezioni unite - teso, come si è detto, a confermare in chiave sistematica la facoltatività della recidiva nelle ipotesi considerate -, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma in esame).

3.4. Ad avviso di questa Corte, in senso contrario alla prospettiva qui sostenuta non è invocabile la sentenza n. 5 del 1977, con la quale fu dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 296 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (recante disposizioni legislative in materia doganale) sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. ed assumendo quale termine di comparazione il regime di discrezionalità della recidiva introdotto dal citato d.l. n. 99 del 1974. Il rilievo si ricollega a due considerazioni. Per un verso, va osservato che all'epoca della pronuncia (di poco successiva alla riforma del 1974) era ben lungi dall'essersi consolidata la ricostruzione della fisionomia della recidiva cui, come si è visto (*supra*, par. 3.1.), ha contribuito in modo decisivo l'evoluzione della giurisprudenza avviata dalla sentenza n. 192 del 2007 della Corte costituzionale, un'evoluzione scandita, negli ultimi anni, da vari interventi delle Sezioni unite di questa Corte (il che conferma il recente processo di consolidamento, a fronte di precedenti oscillazioni giurisprudenziali): ora, è proprio sulla fisionomia della recidiva delineata oggi dal diritto vivente che la qui prospettata questione di legittimità costituzionale fa leva, censurando la presunzione assoluta di cui all'art. 99, quinto comma, cod. pen., che prevede l'obbligatoria applicazione della recidiva indipendentemente dall'accertamento in concreto e sulla base dei criteri individuati dalla giurisprudenza della sussistenza delle condizioni "sostanziali" per l'applicazione della circostanza aggravante. Per altro verso, deve rimarcarsi come la questione decisa dalla sentenza n. 5 del 1977 fosse articolata esclusivamente sotto il profilo della disparità di trattamento in relazione al regime di facoltatività/obbligatorietà della recidiva, rispettivamente, nella disciplina codicistica e in quella *ex art. 296 cit.*: del tutto estraneo al *thema decidendum* allora affrontato dal Giudice delle leggi era il problema della "tenuta", in termini di ragionevolezza, della presunzione assoluta individuata, invece, nella norma oggi censurata. Al di là della profonda diversità strutturale, rispetto all'art. 99, quinto comma, cod. pen., dell'art. 296 d.P.R. n. 43 del 1973 (disciplinante una figura di recidiva non solo specifica, ma anche relativa al reato di contrabbando, caratterizzato, secondo la sentenza n. 5 del 1977, da «peculiari caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi finanziari dello Stato»), la fisionomia attribuita dal diritto vivente alla recidiva, in

uno con i termini della questione qui sollevata, esclude che il precedente indicato possa essere di ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale prospettata dalla presente ordinanza.

3.5. La manifesta irragionevolezza della norma si accompagna alla violazione del principio di uguaglianza derivante dall'identico trattamento riservato, dall'art. 99, quinto comma, cod. pen., a situazioni diverse: infatti, ad identica riconducibilità del nuovo delitto nel "catalogo" di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., ben possono corrispondere situazioni connotate, dal punto di vista delle condizioni "sostanziali" di applicazione della circostanza, da profonda diversità, avuto riguardo, ad esempio, al tipo di devianza di cui i reati sono sintomatici o all'eventuale occasionalità della ricaduta (per riprendere solo alcuni tra i criteri applicativi individuati dalla più volte citata Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010 - dep. 05/10/2010, P.G., Calibe'). Precludendo l'accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, la norma censurata dà luogo ad un'illegittima identità di trattamento di situazioni diverse.

L'irragionevolezza della disciplina della recidiva obbligatoria e l'ingiustificata identità di trattamento ora prospettata danno corpo alla censura relativa all'art. 27, terzo comma, Cost., al quale la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 251 del 2012) - talora in combinazione con l'art. 3 Cost. (sentenza n. 68 del 2012) - riconduce il principio di proporzionalità della pena, sul rilievo che una pena palesemente sproporzionata - e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato - vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa (sentenze n. 341 del 1994 e n. 343 del 1993): esito, questo, parimenti riconducibile alla preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, della condizioni "sostanziali" legittimanti l'applicazione della recidiva.

4. Pertanto, deve dichiararsi rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, del codice penale in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, con le ulteriori statuizioni indicate in dispositivo; la minore età della persona offesa impone, in caso di diffusione della presente ordinanza, l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, del codice penale in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione.

Sospende il giudizio in corso e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa nonché al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/03 in quanto imposto dalla legge.

Così deciso il 03/07/2014.

Il Consigliere estensore

Ampelo Caputo

Il Presidente

Alberto Roio

