

## Brevi note a margine della dichiarazione di incostituzionalità della recidiva obbligatoria: una nuova battuta d'arresto per il diritto penale d'autore

Corte Costituzionale, Sentenza 23 luglio 2015, n. 185

21 gennaio 2016

Carol Ruggiero

**Abstract:** Con la pronuncia in esame la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittima la c.d. “recidiva obbligatoria”, istituto giuridico emblematico di un diritto penale “d'autore” da sempre contrapposto ad un ben più garantista diritto penale “del fatto” di matrice liberal-illuminista.

**Sommario:** 1. Breve ricostruzione dell'istituto; 2. I dubbi di legittimità costituzionale e la recente pronuncia demolitoria della Consulta; 3. La costante riemersione delle logiche d'autore nel diritto penale moderno.

Il termine recidiva sta ad indicare la condizione di chi, dopo essere stato già condannato in via definitiva per un delitto non colposo, ne commette un altro parimenti non colposo.

Con riferimento alla disciplina codicistica di tale istituto, contenuta negli artt. 99 e 101 c.p., occorre evidenziare come essa sia il frutto di numerosi interventi normativi tra i quali va segnalato, da ultimo, la legge n. 251/2005 [Legge 5 dicembre 2005, n. 251, recante “Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione”]. Quest'ultima, in una logica diametralmente opposta a quella del legislatore del 1974 che attenuò la disciplina della recidiva contenuta nel codice, ha innalzato gli aumenti di pena previsti dall'art. 99 c.p. e determinato un generale inasprimento della disciplina penalistica destinata ai soggetti recidivi.

Attualmente l'art. 99 c.p. distingue tre diverse forme di recidiva: semplice, aggravata e reiterata.

Si ha recidiva semplice, ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p., nel caso in cui un soggetto, dopo essere stato condannato con una sentenza passata in giudicato per un precedente delitto non colposo, ne commette un altro parimenti non colposo. In tal caso è prevista la possibilità di un aumento di pena pari ad un terzo.

La recidiva aggravata, invece, disciplinata all'art. 99, co. 2, c.p., si configura quando il nuovo delitto non colposo:

1. è della stessa indole di quello precedentemente commesso (c.d. recidiva specifica). A tal proposito bisogna tener presente che ai sensi dell'art. 101 c.p. “agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, 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 determinano, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni”;

2. è stato commesso entro cinque anni dalla condotta precedente (c.d. recidiva infraquinquennale);

3. è stato realizzato dopo o durante l'esecuzione della pena (c.d. recidiva vera);

4. è stato realizzato durante il tempo in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione della pena stessa (c.d. recidiva finta).

In tutte queste ipotesi la pena può essere aumentata “fino alla metà” se sussiste soltanto una delle circostanze

appena menzionate; l'aumento è invece “della metà” se ne ricorrono due o più di due.

Infine, all'art. 99, co. 5, c.p., viene disciplinata la c.d. “recidiva obbligatoria”, la quale si configura nell'ipotesi in cui il nuovo delitto non colposo rientra tra quelli indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a), del codice di rito (tra i quali, ad esempio, rientrano l'associazione mafiosa, i delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, il traffico di stupefacenti, la strage, l'omicidio doloso, la rapina aggravata e l'estorsione aggravata).

In quest'ultimo caso l'aumento di pena è automatico e prescinde da qualsiasi accertamento in concreto da parte dell'interprete, a differenza delle ipotesi di recidiva disciplinate dai commi da uno a quattro dell'art. 99 c.p. in cui l'aggravamento di pena previsto dal legislatore resta facoltativo per il giudice.

Proprio quest'ultima peculiare figura di recidiva, introdotta con la riforma del 2005, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta nella recente pronuncia del 23 luglio 2015, n. 185.

L'iniziativa in tal senso è stata adottata dalla Corte di cassazione, quinta sezione penale, che con ordinanza del 10 settembre 2014 (r.o. n. 227 del 2014) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, co. 5, c.p. (così come sostituito dall'art. 4 della legge 5 dicembre 2005, n. 251) in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. [Anche la Corte d'appello di Napoli, terza sezione penale, con ordinanza del 19 novembre 2014 (r.o. n. 35 del 2015) ha sollevato la medesima questione di legittimità costituzionale, richiamando interamente il contenuto dell'ordinanza emessa dalla quinta sezione della Suprema Corte].

I giudici remittenti hanno evidenziato in primo luogo la violazione, da parte dell'istituto in esame, dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della manifesta irragionevolezza del parametro utilizzato dal legislatore per giustificare l'obbligatorietà dell'aumento di pena di cui all'art. 99, co. 5, c.p., ossia il mero richiamo ad uno dei delitti previsti all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.

Difatti, per consolidata giurisprudenza costituzionale [In tal senso cfr. Corte Cost., ord. n. 193/1990; Corte Cost., ord. n. 409/2007; Corte Cost., ord. n. 33/2008.], l'applicabilità della recidiva presuppone – o almeno dovrebbe – un accertamento in concreto da parte dell'interprete effettuato sulla base di una serie di criteri elaborati dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, tra i quali: la natura dei reati, il tipo di devianza di cui sono il segno, la qualità dei comportamenti, il margine di offensività delle condotte, e ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza. Nell'istituto censurato, invece, tale verifica viene del tutto esclusa e l'applicazione della recidiva si fonda sul mero riscontro formale dell'esistenza di determinati precedenti penali.

In secondo luogo, i giudici *a quo* hanno evidenziato anche la violazione del principio di cui all'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni “sostanziali” legittimanti l'applicazione della recidiva renderebbe la pena comminata palesemente sproporzionata e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato, vanificandone, già a livello di comminatoria legislativa, la finalità rieducativa.

Dinanzi alle violazioni costituzionali appena menzionate, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale “dell'art. 99, quinto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 4 della legge n. 251 del 2005, limitatamente alle parole «è obbligatorio e,»”.

La Corte ha, in primo luogo, rilevato la violazione dell'art. 3 Cost. sottolineando che la scelta di ricollegare l'obbligatorio aumento di pena della recidiva esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso appare assolutamente privo di ragionevolezza. Tale conclusione appare tanto più condivisibile laddove si consideri che il richiamo all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.c. concerne reati tra loro assolutamente eterogenei e collegati dal legislatore per mere esigenze processuali relative al termine massimo di durata delle indagini

preliminari.

La Consulta ha poi riconosciuto anche la violazione dell'art. 27, co. 3, Cost. sostenendo che la preclusione dell'accertamento della sussistenza delle condizioni che dovrebbero legittimare l'applicazione della recidiva nel caso concreto rende la pena comminata inevitabilmente sproporzionata, vanificandone irrimediabilmente la finalità rieducativa prevista dall'art. 27, co. 3, Cost.

In definitiva, e in via di estrema sintesi, la Corte Costituzionale ha dunque riconosciuto il contrasto della norma censurata sia rispetto all'art. 3 Cost., in quanto il fatto di collegare l'obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato è una scelta manifestamente irragionevole; sia rispetto all'art. 27, co. 3, Cost., poiché la preclusione dell'accertamento in concreto degli elementi legittimanti l'applicazione della recidiva rende *ab origine* la pena comminata sproporzionata rispetto al fatto contestato e, in ogni caso, inefficace rispetto alla sua funzione di integrazione sociale.

In occasione del condivisibile intervento demolitorio della Consulta, appena ricostruito nei suoi tratti essenziali, sembra opportuno sottolineare come l'istituto censurato abbia rappresentato - e la disciplina generale della recidiva continui a rappresentare - uno degli esempi più emblematici della tendenza del nostro legislatore a contraddire i principi propri di un moderno diritto penale "del fatto", proponendo categorie concettuali tipiche di un diritto penale "d'autore".

"E' tale un diritto penale che, a scapito della necessaria centralità del fatto di reato, prospetta una colpevolezza per il carattere del reo o per la sua condotta di vita, finendo per punire l'autore del reato non per quello che ha fatto, ma per quello che è o che si è "lasciato diventare"; per contro, un diritto penale del fatto, rispettoso del principio di colpevolezza, non può espandere il riferimento alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione del fatto concreto" [G. Piffer, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 dicembre 2010, p. 2].

Non è un caso che tale teoria sia stata elaborata tra la fine degli anni trenta e l'inizio degli anni quaranta nella Germania nazionalsocialista, nella quale la dottrina di regime puntò alla sostituzione della colpevolezza per il singolo fatto delittuoso con la colpevolezza per la condotta di vita, al chiaro scopo di semplificare la repressione di qualsiasi forma più o meno esplicita di dissenso.

E' così che la colpevolezza per il fatto criminoso (*Einzeltatshuld*) ha progressivamente ceduto il passo alla colpevolezza d'autore (*Tatershuld*), nelle due forme della colpevolezza per il carattere e per lo stile di vita.

"In particolare, la teoria della 'colpevolezza per il carattere' pretende che all'agente si possa muovere l'addebito di non aver frenato in tempo le pulsioni antisociali, in modo da formarsi un carattere meno malvagio e meno propenso a delinquere.

La teoria della 'colpevolezza per la condotta di vita', dal canto suo, pretende di incentrare il giudizio di disapprovazione sullo stesso modello o stile di vita e sulle scelte esistenziali del reo, che starebbero all'origine della sua inclinazione al delitto" [G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 316.].

Se è vero che il nostro ordinamento penale di ispirazione liberal-illuminista, tendenzialmente proteso ai canoni dell'oggettivismo garantista, non potrà mai aderire apertamente ad una simile impostazione teorica, bisogna pur ammettere che in più occasioni il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento istituti ispirati alla logica della colpa d'autore. Si pensi, per la parte generale del codice, agli istituti dell'ubriachezza abituale (disciplinata all'art. 94 c.p.) o della stessa recidiva (di cui all'art. 99 c.p.); per la parte speciale, alla contravvenzione rubricata "possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli", regolata all'art. 707

c.p.; per la legislazione penale complementare, infine, al reato di immigrazione clandestina previsto all'art. 10-*bis* del Testo unico sull'immigrazione.

E' dunque impossibile negare che espressioni tipiche del diritto penale d'autore continuino sopravvivere, spesso a stento, in numerose fattispecie astratte presenti nel nostro ordinamento penale. Tuttavia, dinanzi alla costante riemersione di simili logiche, resta ferma, oggi più che mai, la necessità di arginare definitivamente queste tendenze e di riportare il diritto penale alla sua originaria ispirazione oggettivistica.

Tale conclusione, come evidenziato da autorevole dottrina, non implica *tout court* l'esclusione di qualsiasi valutazione inerente a caratteristiche personali del soggetto agente, soprattutto quando ciò avvenga in una fase diversa da quella della tipicità, quale quella dell'applicazione e dell'esecuzione della sanzione penale. In quest'ultima sede, pertanto, "non solo è possibile, ma appare addirittura necessario prendere in considerazione la disposizione, il modo di essere, le motivazioni del reo, proprio per approntare un'efficace strategia di recupero sociale, sempre, con il consenso di questi" [S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 163].

Articolo pubblicato in: Diritto penale

**TAG:** Recidiva

---

### **Avvertenza**

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<http://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*