

*Cassazione: sentenza 03.05.2007 n° 16750*

**La recidiva reiterata non obbliga all'aumento di pena perché è sempre necessario procedere ad un bilanciamento tra aggravanti ed attenuanti**

*Cassazione penale , sez. VI, sentenza 03.05.2007 n° 16750  
(Presidente De Graziai - Relatore Novarese)*

*Svolgimento del processo*

P.S. ed E.L. venivano tratti a giudizio direttissimo dinanzi al Tribunale di Sassari in composizione monocratica, in seguito ad arresto avvenuto il 28 aprile 2006 e convalidato il giorno successivo, per rispondere del delitto di detenzione a fine di spaccio di 10 grammi circa di eroina con recidiva specifica plurireiterata per la seconda ed anche infraquinquennale per il primo.

Con sentenza del 13 luglio 2006, il Tribunale, riconosciuta per entrambi l'attenuante del fatto di lieve entità e tenuto conto della riduzione del rito abbreviato prescelto, li condannava alla pena di anni due e mesi quattro di reclusione ed euro 4.000,00 di multa.

Affermava il giudice di merito che la recidiva, contemplata al quarto comma dell'art. 99 c.p. come modificato dalla legge n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa, salvo che si tratti di uno dei delitti previsti all'art. 407 secondo comma lett. a) c. p. p., e che, considerate le misere condizioni di vita degli imputati e la limitata gravità dell'episodio, nonché in relazione all'elevato minimo edittale previsto per il reato base, non apportava alcun aumento di pena per effetto della recidiva.

Inoltre, aggiungeva che la limitata quantità di stupefacente rinvenuta e la modesta attività di spaccio da strada consentivano di reputare sussistente l'attenuante speciale del fatto di lieve entità.

Rilevava il giudice sassarese che, non essendo stato apportato alcun aumento per la recidiva e non risultando contestata altra aggravante, non doveva essere effettuato alcun giudizio di comparazione tra circostanze, sicché, nella fattispecie, non sarebbe operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dal quarto comma dell'art. 69 c.p., modificato dalla legge n. 251 del 2005 (art. 3), e che detto arresto era conforme alla pregressa giurisprudenza di legittimità, secondo cui una volta esclusi gli effetti della recidiva non poteva farsi alcuna questione di giudizio comparativo ex art. 69 c. p., poiché erano venuti meno i presupposti.

Concludeva sul punto evidenziando che, in tal modo, non si proponeva alcuna interpretazione abrogativa del novellato art. 69 c. p., giacché il giudizio di prevalenza verrebbe escluso, ove, contestate la recidiva reiterata ed altre aggravanti, queste ultime fossero ritenute sussistenti.

Il Procuratore Generale presso la Corte di appello di Cagliari proponeva ricorso per cassazione, deducendo il vizio di violazione di legge con riferimento al disposto dell'art. 69 quarto comma c. p., in quanto l'aggravante della recidiva reiterata era stata regolarmente contestata e ritenuta in sentenza, mentre l'analisi esegetica proposta trascura il momento, logicamente e giuridicamente precedente, del giudizio di bilanciamento fra circostanze aggravanti, fra le quali è da ricomprendere la recidiva, ed attenuanti, non considera il dettato del quarto comma dell'art. 69 c.p. e sostanzialmente svuota di contenuto il divieto di prevalenza ivi contemplato.

## *Motivi della decisione*

Il ricorso proposto e la sentenza impugnata, sebbene in maniera sintetica, affrontano la problematica della disciplina della recidiva alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 251 del 2005 e le sue ricadute in tema di giudizio di comparazione ex art. 69 c. p. come modificato dalla citata legge.

A tal riguardo occorre notare che, subito dopo l'emanazione della legge nota come ex Cirelli, in dottrina si sono profilate due differenti interpretazioni, formulate da due illustri giuristi, delle su indicate questioni a causa del dettato normativo non certamente perspicuo.

Ragioni di economia di trattazione, in relazione all'importanza delle tematiche, inducono a non riprodurre il testo legislativo del novellato art. 99 c. p. ed il quarto comma dell'art. 69 c. p. come modificato dalla legge n. 251 del 2005, tanto più che ad essi si farà riferimento in motivazione.

Gli argomenti svolti da un Chiaro Autore per ritenere ipotesi di recidiva obbligatoria anche quelle contemplate dai commi terzo e quarto dell'art. 99 c. p. consistono principalmente in una valutazione di fondo, secondo cui "nel quadro di una restaurazione repressiva di cui il recidivo (in particolare pluriaggravato e reiterato) costituisce, nell'eterogenea schiera di disposizioni rimaneggiate dalla l. 251/2005, il bersaglio "privilegiato", è davvero arduo ritenere che, ripristinando la formula originaria che denotava l'obbligatorietà (la pena "è" aumentata), ci si sia limitati a rivedere gli aumenti, mantenendone la facoltatività".

Tale considerazione è suffragata da una serie di osservazioni circa le incongruenze derivanti dall'accoglimento della tesi, avversata dall'illustre docente, relativa alla facoltatività della recidiva nelle due fattispecie indicate, giacché non sarebbe conciliabile un'applicazione facoltativa della recidiva con la fissità degli aumenti e con la modificazione dell'originaria formula "può" in "è", ripetitiva di quella prevista nel codice R. nel 1930 e resa ancor più drastica per aver eliminato "il potere discrezionale del giudice nella quantificazione degli aumenti, pur nel quadro di limiti frazionari diversificati in rapporto alla gravità legale della recidiva", tanto più che l'analisi esegetica, non condivisa dall'eminente studioso, sconvolgerebbe il disegno "indiscriminatamente repressivo" (sottolineatura e corsivo dell'estensore), mitigando le ricadute su altri istituti (continuazione, concorso formale, giudizio di comparazione, prescrizione, misure alternative alla detenzione e benefici penitenziari), oggetto di revisione parziale da parte della nuova normativa.

Peraltro, con riguardo alla recidiva reiterata, da parte di chi, in maniera poco coerente, ritiene facoltativa pure quella pluriaggravata, nonostante l'identica espressione utilizzata dal legislatore, si è fatto notare che la recidiva reiterata presenta connotati di specificità ed autonomia rispetto alle altre, in quanto è isolatamente richiamata da altre disposizioni del codice (ex gr. oblazione ex art. 162 bis c. p. prima della modifica del 2005 ed artt. 62 bis e 69 c. p. in seguito alla legge n. 251 del 2005), sicché detta argomentazione potrebbe far assumere un'autonomia solo a quella reiterata.

Tuttavia, oltre al dato testuale già illustrato, si potrebbe obiettare che la differente e specifica considerazione in altre disposizioni non ne determina l'autonomia, tanto più che la dottrina maggioritaria considera dette due tipologie di recidiva "non alternative ed autonome rispetto alla "recidiva semplice", ma "integranti" solo una figura "speciale" di quest'ultima, nel senso che, pur valorizzando aspetti di maggiore qualificazione presuppongono sempre anche la

necessaria integrazione della “recidiva semplice”, sicché si è in presenza di sottofattispecie della figura generale, costituita dalla recidiva semplice, onde appare inusuale una diversa considerazione ai fini della facoltatività oppure dell’obbligatorietà.

Detta argomentazione, nondimeno, potrebbe essere utilizzata, nonostante la sua fragilità, per ulteriormente contrastare la tesi, non condivisa dal collegio, dell’obbligatorietà dell’aumento della recidiva per quella pluriaggravata e reiterata, proprio per la contraddizione esistente nel ritenere la prima facoltativa e la seconda obbligatoria, sicché il dato e la modifica testuali (“è” invece di “può”) sarebbero irrilevanti, e serve, comunque, a dimostrare la notevole problematicità dell’interpretazione di un dato normativo per nulla chiaro.

Perciò, l’insigne studioso non accede a detta ultima affermazione per l’evidente contraddizione connaturata in sé e propugna un’analisi ermeneutica letterale, nonostante sia cosciente che “le nebbiose incertezze ermeneutiche”, i paradossi logici, l’introduzione di un “diritto penale d’autore a sfondo sintomatico presuntivo”, l’irragionevole selezione dei reati suscettibili di recidiva, l’incremento dell’irrazionalità “insita nel binomio genericità perpetuità”, il ripristino di presunzioni legali, il cui smantellamento è da ascrivere a successivi interventi della Corte Costituzionale agli inizi degli anni ottanta del secolo precedente ed è stato “completato dal legislatore (altri tempi, altro legislatore) nel 1986”, possano comportare forti dubbi di costituzionalità.

Questo argomentazioni sono state completate, a volte in maniera un po’ confusa (non si comprende quale tesi segua un noto annotatore) e parziale, da altri autori, i quali hanno anche fatto notare che in sede di discussione in assemblea alla Camera dei deputati, nella seduta del 15 dicembre 2004, sono stati approvati alcuni emendamenti che introducevano espressamente la facoltatività dell’aumento per la recidiva nelle ipotesi di quella semplice e monoaggravata, ma furono respinti analoghi emendamenti a proposito dei commi terzo e quarto dell’art. 99 c. p. e che identico percorso si è avuto in prima lettura al Senato nella seduta del 26 luglio 2005.

Tuttavia, detto autore dimentica, in generale, la natura contraddittoria dei lavori preparatori sul punto, tanto da essere utilizzati dall’altro preclaro giurista per sostenere la tesi opposta, l’importanza esigua degli stessi in sede ermeneutica, nonostante la maggiore rilevanza ed “affidabilità”, ove si tratti di interpretare una legge di recente promulgazione, e non considera, nel caso specifico, che una simile opzione (facoltatività della recidiva ed aumento fisso) per la recidiva pluriaggravata e reiterata potrebbe essere stata introdotta in maniera meno chiara, se non surrettizia, attraverso il definitivo dettato.

Peraltro, alcuni argomenti svolti dai sostenitori della tesi dell’obbligatorietà dell’aumento per la recidiva anche per le ipotesi di cui ai commi terzo e quarto dell’art. 99 c. p. non sembrano plausibili, perché in contrasto con il dato normativo o perché forniscono soluzioni contorte ad altri problemi.

Infatti, la misura fissa dell’aumento è pure stabilito dal primo comma dell’art. 99 c.p., che, pacificamente, prevede un caso di recidiva facoltativa, sicché non è un paradosso quello di dover applicare un aumento fisso della pena una volta stabilita l’applicazione della recidiva, mentre la discussione sulla filosofia di fondo della nuova disciplina non può certamente influenzare l’analisi esegetica fino ad obliterare l’assunto vario volte affermato dalla Corte Costituzionale (cfr. di recente ord. nn. 43 e 47 del 2007) circa la necessità di ricercare un’interpretazione adeguatrice prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma.

Peraltro, le difficoltà maggiori derivano a questa tesi dalla giustificazione da fornire all'espressa previsione nel comma quinto dell'art. 99 c. p. dell'obbligatorio aumento della pena per la recidiva qualora si tratti di uno dei delitti indicati all'art. 407 secondo comma c. p. p., giacché limitare tale locuzione solo ai primi due commi della citata norma per rendere manifesta l'obbligatorietà della recidiva pure in dette fattispecie e per indicare un aumento minimo anche per quella monoaggravata, secondo quanto sostenuto da uno studioso per fornire un minimo di utilità a detta disposizione, appare in contrasto con l'espressione onnicomprensiva del precetto "l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio", che non distingue le varie tipologie, mentre l'interpretazione secondo cui detta disposizione vuole consentite l'aumento obbligatorio per la recidiva anche nel caso in cui sarebbe possibile procedere ad un giudizio di comparazione di prevalenza oppure di equivalenza con le attenuanti non solo contrasta con tutta l'impostazione della giurisprudenza di legittimità e di parte della dottrina, le quali ritengono la recidiva una circostanza aggravante inerente alla persona, ma non forniscono neppure una risposta esauriente all'utilità di detta disposizione nei casi in cui l'aumento venga imposto obbligatoriamente da altra norma.

Ed invero, ove le ipotesi di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 99 c. p. comportassero un aumento obbligatorio della pena per la recidiva sarebbe inutile detta ripetizione e, comunque, qualora si faccia riferimento ai casi in cui la recidiva obbligatoria assume un particolare rilievo (ex. gr. artt. 69 quarto comma c. p. e 62 bis c.p.), proprio in questi è richiamata la recidiva reiterata, sicché verrebbe esclusa una qualche utilità sul punto al dettato del quinto comma dell'art. 99 c. p..

Infine, persino un'ulteriore considerazione letterale, secondo cui, se il legislatore avesse voluto ritenere facoltativa la recidiva nei casi di quella pluriaggravata e reiterata, avrebbe ripetuto la precedente formula "l'aumento di pena può essere fino a" sostituendo la locuzione "fino a" con "della metà", non appare decisivo per l'evidente cacofonia di tutto il precetto, in cui il verbo "può" verrebbe ripetuto per ben quattro volte e l'espressione "l'aumento di pena può essere" due, e perché, nella pregressa formulazione del codice nel 1930, il primo comma conteneva il verbo "soggiace" con carattere imperativo ed obbligatorio e non discrezionale e facoltativo proprio della "nuova" locuzione "può essere sottoposto" e l'art. 100 c. p. disciplinava le ipotesi in cui la recidiva era facoltativa.

Detta osservazione, poi, ha pure un significato ancipite, in quanto il legislatore del 1974 doveva fare risaltare la trasformazione della recidiva da obbligatoria a facoltativa, sicché, pur mantenendo una misura variabile dell'aumento, contemplato anche nel codice del 1930, che prevedeva l'obbligatorietà, salve le eccezioni dell'art. 100 c.p., voleva rimarcare la facoltatività, mentre quello del 2005, proprio per l'opposta ragione, poteva includere i casi di recidiva obbligatoria in un unico comma con la locuzione "l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio" seguita dalle diverse tipologie ed, invece, ha voluto distinguere un diverso articolarsi della disciplina: dalla misura variabile dell'aumento per la recidiva a quello fisso ed all'unica fattispecie di recidiva obbligatoria cioè quella contemplata al quinto comma dell'art. 99 c. p..

Inoltre, è intervenuto un mutamento di collocazione di detto comma, trasferito in sede di stesura definitiva dopo la recidiva pluriaggravata e reiterata, quasi a fornire un ulteriore spunto all'unicità di ipotesi di recidiva obbligatoria nell'aumento.

L'unico argomento resta quello della simmetria, non perfetta (v. supra), con la disposizione contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 99 c. p., prima delle modifiche intervenute nel 1974, e dell'interpretazione sul punto fornita dal giudice di legittimità in alcune pronunce,

sotto il vigore della formulazione anteriore al 1974, secondo cui il verbo “è” non va riferito solo all’aumento automatico della pena, ma anche all’obbligatorietà della recidiva.

L’esame effettuato delle argomentazioni svolte dai fautori della tesi dell’automaticità e dell’obbligatorietà degli aumenti di pena per la recidiva dimostra tutta la complessità della problematica e la necessità di ricercare soluzioni ermeneutiche costituzionalmente adeguate.

Espressione di questa istanza è la tesi opposta avanzata da altro esimio giurista, secondo cui l’unica ipotesi di aumento obbligatorio della recidiva è quello previsto dal comma quinto dell’art. 99 c. p., mentre quelli contemplati ai commi terzo e quarto della medesima disposizione indicano solo una misura fissa dell’aumento, ma lasciano ancora persistere la facoltatività della recidiva.

Un’argomentazione, già illustrata, attiene al carattere non autonomo e derivato delle due tipologie di recidiva di cui ai commi terzo e quarto dell’art. 99 c. p., le quali presuppongono l’accertamento della recidiva semplice e quindi costituiscono “mere fattispecie della “figura generale” cioè della recidiva semplice”, onde “non sarebbe privo di fondamento il pensare che sia proprio con questa prima ipotesi che il legislatore abbia predeterminato la natura (in generale) “discrezionale” della “nuova recidiva”, lasciando alle disposizioni successive solo il compito di differenziare (sia sul piano quantitativo, che su quello della rigidità o elasticità degli effetti) gli aumenti di pena previsti per le diverse e più specifiche ipotesi di recidiva descritte nei commi successivi”.

Tale ragionamento, se non può essere ritenuto decisivo, in quanto non implica di per sé che le due tipologie in esame debbano sottostare alla stessa disciplina, già, a parere del collegio, scalfisce quell’argomento ritenuto l’unico più plausibile dell’altra tesi, derivato dal raffronto con l’originaria formulazione dell’art. 99 c. p., contenuta nel codice R. del 1930, in quanto quella disposizione riteneva tutte le ipotesi di recidiva obbligatorie ed introduceva delle limitate eccezioni solo in una disposizione topograficamente diversa (art. 100 c. p.), sicché l’utilizzazione del verbo all’indicativo senza ripetere l’aggettivo “obbligatorio” poteva essere giustificato da detta unitaria considerazione.

Inoltre, le stesse indicazioni emergenti dai lavori preparatori non brillano per chiarezza e precisione, ma assumono particolare rilievo, ove si consideri che il Ministro della “Giustizia dell’epoca e lo stesso ispiratore iniziale della riforma (esame tenutosi nelle sedute del dicembre 2004) sembrano aver manifestato l’intenzione di limitare la maggiore rigidità degli effetti sia nell’an sia nel quantum solo alla nuova ipotesi prevista dal quinto comma dell’art. 99 c. p., la cui diversa formulazione rispetto ai due commi precedenti (“l’aumento della pena per la recidiva è obbligatorio” invece che “l’aumento di pena è della metà ... di due terzi”, utilizzato per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata aggravata), in uno con l’intervenuta successiva posposizione del comma quinto rispetto agli altri in esame, parrebbe confermare quanto si ricava pure dal successivo dibattito al Senato, in cui la tesi espressa dall’on. Cirelli è ripresa pure dal relatore sen. Ziccone (seduta del 12 gennaio 2005), a parte gli unanimi interventi di molti parlamentari dell’opposizione dell’epoca.

Tali impostazioni da parte di autorevoli rappresentanti della maggioranza dell’epoca trovano la loro origine nel parere consultivo della Commissione affari costituzionali della Camera, in cui è adombrato un contrasto tra l’iniziale disciplina della recidiva, caratterizzata da automatici ed obbligatori aumenti di pena, ed il fine rieducativo della pena (art. 27 terzo comma Cost.) “nella parte in cui impedisce al giudice di valutare elementi pro reo “.

Peraltro, il valore dei lavori preparatori ai fini ermeneutici e la loro non univocità, nella specifica fattispecie, servono solo a suffragare, in una valutazione globale, le varie giustificazioni già svolte, fondate sul raffronto letterale di tutta la disposizione, sulle caratteristiche delle due tipologie di recidiva, sull'impossibilità di richiamare la formulazione dell'originario art. 99 c. p. del 1930 e sulla collocazione del quinto comma dell'art. 99 c.p., "posto in chiusura delle varie forme di recidiva, come a sottolineare che il regime di facoltatività è rimasto invariato con riguardo ai delitti "comuni", relativamente alle varie ipotesi di recidiva delineate nei commi precedenti", mentre "l'unica eccezione...rappresentata dal comma 5" fa "leva sulla gravità dei delitti" e dà risalto ad una cerchia limitata di fattispecie delittuose, in relazione alle quali la recidiva in ogni sua forma secondo alcuni giuristi, o solo quella reiterata, per altri, è sempre obbligatoria.

In tal modo, ad avviso del collegio, si rimarcherebbe lo "spirito" dell'ex Cirelli, richiamato dal Chiaro Autore, e, nel contempo, evitando una generalizzata estensione dell'obbligatorietà della recidiva, si diminuirebbero, anche se non si eliminerebbero del tutto, i numerosi dubbi di costituzionalità della legge in sé e su questi aspetti.

Tali spiegazioni possono essere ulteriormente supportate da alcune notazioni di altri autori, che costituiscono o autonome considerazioni come quella su riferita o ulteriori sviluppi contenuti nel ragionamento dell'esimio docente, fautore della tesi della facoltatività della recidiva reiterata.

Uno, già trattato, ma alquanto fragile deriva dall'impossibilità di ritenere facoltativa la recidiva pluriaggravata di cui al terzo comma dell'art. 99 c. p. ed obbligatoria quella reiterata del comma successivo, l'altro, conseguente dalle deduzioni del Chiaro Autore, fondato sul brocardo "ubi lex voluit dixit" e sull'indicazione "expressis verbis" della natura obbligatoria della recidiva contenuta solo nel quinto comma ed altro ancora, più articolato, basato su una considerazione globale di alcune espressioni contenute nella citata legge.

In particolare si fa notare che con riferimento alla limitazione ad alcuni criteri di cui all'art. 133 c. p. per l'applicazione delle attenuanti generiche il riferimento ai "casi previsti dall'art. 99 comma 4" è ulteriormente delimitato da due altri presupposti, rappresentati appunto dai delitti previsti dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.", puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, sicché, a parere del collegio, è sempre detta categoria di delitti, ritenuti particolarmente gravi, a fungere da discriminazione tra disciplina comune e specifica.

Peraltro, anche in ordine alle modificazioni intervenute ex lege n. 251 del 2005 in tema di reato continuato e concorso formale potrebbe riscontrarsi, secondo il collegio, come un aumento in misura fissa sia previsto per i "soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma" c.p., sicché detta locuzione rileva sotto un duplice profilo.

Ed invero, un aumento in misura fissa è commisurato a detta recidiva reiterata, la quale deve essere applicata, sicché, a parte l'erronea utilizzazione del termine, in quanto la recidiva viene ad essere riconosciuta o dichiarata, giacché è l'aumento di pena che viene applicato, proprio simile verbo, dimostra che la predetta tipologia di recidiva deve essere, innanzitutto, riconosciuta sussistente, per cui viene richiamato il potere discrezionale del giudice, tipico del facoltativo aumento per la recidiva in quanto, altrimenti, ove la recidiva fosse obbligatoria anche nell'anno nei casi di cui all'art. 99 quarto comma c.p. non avrebbe senso richiedere che la stessa sia "applicata" cioè riconosciuta.

Ma vi è di più, ad avviso dei collegio, l'errore terminologico fa dipendere l'aumento fisso di pena, ove venga riconosciuta sussistente la continuazione fra delitti, dall'effettiva applicazione della recidiva reiterata e, quindi, ammette il bilanciamento con altre attenuanti, sicché pure per detta via viene ad essere affermata la natura facoltativa della predetta recidiva.

Infine, secondo quanto rilevato da un autore, che, però, non considera l'imprecisione terminologica della legge e l'approssimazione di molti vocaboli, proprio nel quarto comma dell'art. 69 c. p. si fa riferimento al "divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti", sicché, pacifico in giurisprudenza l'inquadramento della recidiva fra le circostanze aggravanti inerenti alla persona (Cass. sez. V 8 aprile 1999 n. 4412 rv. 213111, pronuncia rilevante pure perché afferma la necessità della contestazione e l'influenza del bilanciamento ex art. 69 c. p. ai fini della determinazione del termine prescrizione), ne discende che la parola "ritenute" comporta sempre un giudizio valutativo in ordine all'applicazione dell'aumento per la recidiva reiterata, che non può, quindi, essere considerata obbligatoria nell'"an", ma solo nel "quantum", individuato in misura fissa a seconda delle differenti ipotesi (reiterata semplice o aggravata).

Risolto questo primo nodo interpretativo nel senso che l'aumento in misura fissa stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c. p. è facoltativo cioè il riconoscimento della recidiva deve essere oggetto di attenta valutazione e motivazione da parte del giudice, anche se la giurisprudenza prevalente, sotto il vigore della precedente disciplina, riteneva necessaria la motivazione solo nel caso in cui non venisse applicato l'aumento (Cass. sez. II 15 gennaio 1990 n. 185 rv. 183010 contra Cass. sez. I 29 dicembre 1978 n. 16232 rv. 140685 e Cass. sez. II 27 maggio 1987 n. 6948 rv. 176079); orientamento da modificare attesa l'importanza della dichiarazione della recidiva, altri se ne prospettano.

Infatti, tralasciato il tema del carattere "costitutivo" o "dichiarativo" della recidiva, accennato a quello relativo all'obbligo motivazionale e ribadita la natura circostanziale, anche se presenta differenze strutturali rispetto alle circostanze in senso stretto (Cass. sez. un. 16 marzo 1987 n. 3152 rv. 175354), nonostante le difformi opinioni di una parte consistente della dottrina, anche dopo le modifiche intervenute nel 1974, secondo cui si sarebbe in presenza di una qualificazione soggettiva, inerente alla condotta colpevole o alla maggiore pericolosità, deve rilevarsi che la giurisprudenza è pacifica nel ritenere necessaria la contestazione della recidiva, poiché si è in presenza di una circostanza, pur se il regime della c. d. contestazione suppletiva è diversamente modulato dal codice di rito ex art. 519 primo comma (Cass. sez. II 9 novembre 1978 n. 13777 rv. 140369 fra tante), anche se, in passato, era sorto contrasto circa le modalità, ritenendosi in alcune pronunce, risalenti nel tempo, sufficiente una contestazione generica (Cass. 19 dicembre 1974, Ambrosia in Cass. pen. 1976, 184), mentre ormai, seguendo la dottrina, si ritiene necessaria quella specifica in conseguenza dei diversi effetti derivanti dalle differenti tipologie (Cass. sez. II 4 novembre 1991 n. 10931 rv. 188485 e Cass. sez. VI 28 maggio 1996 n. 5335 rv. 205072).

Peraltro, un nodo interpretativo di particolare rilevanza nella fattispecie in esame è quello relativo agli altri effetti penali collegati alla recidiva, giacché, nonostante la posizione consolidata della dottrina circa la necessità della contestazione e del riconoscimento in una sentenza passata in giudicato al fine di dispiegare le ulteriori conseguenze, la giurisprudenza ha seguito diversi e contrastanti indirizzi, propendendo in prevalenza, almeno in tempi meno recenti, sulla possibilità di desumere la recidiva dal certificato giudiziale oppure in base alla semplice contestazione senza necessità di un accertamento giudiziale (Cass. sez. III 25 giugno 1993 n. 6424 rv. 195128 cui adde di recente Cass. sez. IV 21 giugno 2006 n. 21454 rv. 234571 e Cass. sez. I 18 maggio 2006 n. 17316 rv. 234251 contra però Cass. sez. IV 11 maggio 2003 n.

25217 rv. 225739 con riferimento all'oblazione ex art. 162 bis c. p.; Cass. sez. I 29 novembre 1990 n. 3021 rv. 185868 riguardo alla riabilitazione afferma in generale che "la recidiva rileva agli effetti penali solo in quanto sia stata ritenuta dal giudice nel processo di cognizione" ma contra sul punto Cass. sez. I 30 maggio 2003 n. 24023 rv. 225233; Cass. sez. IV 19 febbraio 2004 n. 7236 rv. 227349 contra in ordine, invece, alla rilevanza della contestazione per escludere l'applicazione della pena pecuniaria ai soggetti recidivi reiterati infraquinquennali nel giudizio dinanzi al giudice di pace vedi Cass. sez. IV 30 aprile 2004 n. 20323 rv. 228583 e Cass. sez. IV 17 settembre 2004 n. 36792 rv. 229829 dello stesso estensore della n. 7236 del 2004 con differente collegio e Presidente, nonché Cass. sez. II 17 gennaio 2007 n. 1097 rv. 235620 in relazione alla preclusione stabilita per il c.d. patteggiamento allargato: art. 444 comma 1 bis c.p.p. contra, però, sul punto Cass. sez. VI 7 ottobre 2004 n. 39238 rv. 230378).

Il contrasto giurisprudenziale, oggetto di critica da una parte molto consistente della dottrina, discende dalla generale considerazione secondo cui la facoltatività concerne solo l'aumento di pena, ma non la sussistenza della recidiva (cfr. fra tante Cass. sez. VI 5 aprile 1975 n. 3874 rv. 130148).

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.

Per risolvere detto contrasto appare opportuno prendere le mosse da una pronuncia delle sezioni unite di questa Corte, condivisa in sede di applicazione di misure alternative alla detenzione anche con riferimento alla legge n. 251 del 2005 (Cass. sez. un. 24 luglio 1991 n. 17 rv. 187856 e vedi Cass. sez. I 10 ottobre 2006 n. 33923 rv. 235191 e Cass. sez. I 11 ottobre 2006 n. 34040 rv. 235190), in base alla quale una circostanza aggravante deve essere riconosciuta come applicata, non solo allorquando nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato. Invece non è da ritenere applicata l'aggravante allorquando, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a causa della prevalenza attribuita all'attenuante, la quale non si limita a paralizzarla, ma la soverchia, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta "tamquam non asset".

Tale acquisizione, elaborata sul piano dell'effetto delle aggravanti in ordine all'applicazione dell'indulto, può, a parere del collegio, essere tenuta presente per risolvere un altro nodo interpretativo della disciplina in esame, proprio dell'analisi ermeneutica dell'art. 99 quarto comma c. p. e precisamente dell'esegesi della locuzione "se il recidivo commette un altro delitto non colposo", la quale, secondo la giurisprudenza prevalente già indicata (Cass. sez. I 22 ottobre 1992 n. 3426 rv. 192077; Cass. sez. III 25 giugno 1993 n. 6424 rv. 195128 cui adde di recente Cass. sez. IV 21 giugno 2006 n. 21454 rv. 234571 e Cass. sez. I 18 maggio 2006 n. 17316 rv. 234251 con riferimento all'oblazione ex art. 162 bis c. p. e Cass. sez. I 30 maggio 2003 n. 24023 rv. 225233 riguardo all'estinzione della pena per decorso del tempo, nonché Cass. sez. II 17 gennaio 2007 n. 1097 rv. 235620 in relazione alla preclusione stabilita per il c. d. patteggiamento allargato dal comma 1 bis dell'art. 444 c. p. p.), deve essere intesa nel senso che sia sufficiente il mero riscontro di più sentenze di condanna senza necessità di un formale riscontro e di un riconoscimento di una qualsiasi ipotesi di recidiva, in quanto "la circostanza che l'art. 99 c. p., nel prevedere l'aumento di pena per effetto della recidiva reiterata, faccia riferimento al recidivo che commette un altro reato, non suffraga la tesi secondo cui in tanto la

recidiva reiterata può essere contestata in quanto in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice. Infatti, dalla lettura della norma emerge evidente che il termine “recidivo” è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel primo comma dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata.”

Ed invero, esiste, anche, un orientamento un tempo minoritario, già indicato, a volte risalente nel tempo (Cass. sez. I n. 3021 del 1990 cit. in tema di decorso del termine minimo per chiedere la riabilitazione cui adde Cass. sez. V 3 maggio 1995 n. 823 rv. 201316) e talaltra recente (Cass. sez. I 29 novembre 2004 n. 46229 in tema di decorso del termine prescrizione; Cass. sez. VI n. 39238 del 2004 cit. concernente la preclusione stabilita dall’art. 444 comma 1 bis c. p. p. per il c. d. patteggiamento allargato e Cass. sez. III 8 novembre 2000 n. 3011 rv. 217759 e Cass. sez. I 16 marzo 2005 n. 10425 rv. 231209 concernenti il procedimento in sede esecutiva), secondo cui “la recidiva non è un mero “status” soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione ..., onde può desumersi, pure, dal giudizio di comparazione ex art. 69 c. p., anche nell’ipotesi in cui i relativi aumenti di pena siano elisi in sede di bilanciamento, per il giudizio di prevalenza delle attenuanti, giacché si tratta di dichiarazione e riconoscimento della recidiva e non di applicazione”.

Infatti, in presenza di valida contestazione deve ritenersi che il giudice abbia ravvisato gli estremi di quella maggiore colpevolezza del reo o di quella maggiore pericolosità, che, in concreto, integrano il riconoscimento o la dichiarazione della recidiva reiterata.

Questa tesi si fa preferire sia per ragioni logico sistematiche e di garanzia, giacché, secondo la conclusione di un illustre Maestro, è difficilmente spiegabile come “da una recidiva esclusa nella competente istanza (potrà) in un ulteriore episodio giudiziale scaturire una contestazione di recidiva reiterata”, sia in considerazione della particolare rilevanza attribuita dalla legge n. 251 del 2005 alla recidiva, delle caratteristiche della disciplina e dell’esistenza di questo contrasto in giurisprudenza, sicché la pedissequa ripetizione del precedente dettato normativo non può comportare un piano adagiarsi sull’interpretazione dominante.

Infatti, gli effetti della nuova riforma della recidiva come impongono al giudice, di merito e di legittimità, nell’ambito dei propri compiti, un adeguato obbligo motivazionale, inteso come congrua esplicitazione delle ragioni dell’esercizio del potere discrezionale nei casi di recidiva facoltativa e, sotto altro profilo, quale controllo sulle argomentazioni svolte, reso in parte più pregnante dalle modificazioni introdotte, all’art. 606 lett. e) c. p. p. dalla legge n. 46 del 2006, così determinano la rivisitazione di approdi giurisprudenziali, la cui giustificazione non appare appropriata, tenuto conto del quadro costituzionale nel quale deve essere valutato l’istituto della recidiva, tanto più che il quarto comma dell’art. 69 c. p. fa riferimento alle “ritenute. circostanze aggravanti “.

Né un simile arresto determina, come ritiene il ricorrente, un’interpretazione “abrogans” degli artt. 99 e 69 commi quarto c. p., in quanto, ritenuta la facoltatività dell’aumento per la recidiva reiterata, ove lo stesso con congrua motivazione non sia ritenuto applicabile, perché non è espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, come è avvenuto nella fattispecie in esame, in assenza di un riconoscimento di qualsiasi tipologia di recidiva intervenuta con una precedente sentenza, è possibile procedere ad un giudizio di comparazione con un bilanciamento, pure con prevalenza dell’attenuante speciale ex art. 73 quinto comma d. P. R. n. 309 dei 1990.

Tuttavia, finisce con l'essere definitivamente accertato il riconoscimento della recidiva reiterata, sicché non sarà più possibile procedere ad un ulteriore bilanciamento delle circostanze nel senso della prevalenza di quelle attenuanti sulle aggravanti, fra le quali deve ricomprendersi la recidiva, ove venga commesso un altro delitto non colposo.

Non sembra, neppure, condivisibile la tesi, in realtà un po' contraddittoria, sviluppata nell'impugnata sentenza per dimostrare l'assenza di un'interpretazione "abrogans", secondo cui il bilanciamento nel senso della prevalenza delle circostanze attenuanti su quelle aggravanti non sarebbe più consentito, ove, insieme alla recidiva reiterata, venisse contestata un'altra aggravante.

Infatti, attese la facoltatività della recidiva reiterata e l'assenza di un pregresso riconoscimento, il giudizio di comparazione, che è obbligatorio, deve essere effettuato in maniera globale (Cass. sez. IV 24 febbraio 1995 n. 1901 rv. 200897 e Cass. sez. VI 20 ottobre 2003 n. 39456 rv. 227433).

Ed invero, il bilanciamento di cui all'art. 69 c. p. ha carattere unitario ed è inscindibile, dovendo comprendere tutte le attenuanti e le aggravanti ravvisate, le circostanze concorrenti devono essere ritenute complessivamente equivalenti fra loro ovvero tutte quelle di un segno devono essere considerate prevalenti rispetto a quelle di segno opposto.

Il bilanciamento, operato dall'art. 69 c. p., è imposto dalla necessità di una valutazione complessiva del fatto delittuoso, tale che, fermo il principio di proporzione tra pena e reato, consenta nel determinare la pena in concreto, di tener conto della particolare personalità del reo, considerata sotto ogni aspetto sintomatico, e della sostanziale entità della condotta criminosa ed appare imprescindibile nel sistema di legge anche per consentire al giudice dell'impugnazione di controllare il rispetto del principio di legalità della pena.

Inoltre, seguendo la dottrina maggioritaria, nonostante una carenza di approfondimento sul tema da parte della giurisprudenza dopo la riforma del 1974, deve rilevarsi che, ritenuta la recidiva una circostanza inerente alla persona, non è ammissibile configurare, in materia di circostanze, una "discrezionalità bifasica" (sull'an della circostanza, che deve essere riconosciuta, e sulla variazione della pena conseguente), in quanto deve riconoscersi che l'individuazione e l'applicazione della circostanza devono seguire un medesimo binario e che la facoltatività della recidiva comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto, sicché il requisito oggettivo della precedente condanna non è sufficiente, in assenza dei presupposti soggettivi a fondare non solo l'aumento di pena, ma anche il riconoscimento della recidiva agli altri effetti penali, ma solo a determinare per un successivo delitto l'intervenuta dichiarazione.

La soluzione seguita sembra più conforme ai principi costituzionali, ove si considerino le gravi conseguenze derivanti dal ritenere obbligatorio l'aumento in misura fissa stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c. p. e dal divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti nel giudizio di comparazione, sancito dal quarto comma dell'art. 69 c. p., nei casi di recidiva reiterata ed in quelli contemplati dagli artt. 111 e 112 primo comma numero 4 c. p..

Ed invero, nonostante l'impostazione iniziale, secondo cui era escluso il bilanciamento fra circostanze nei casi previsti dall'art. 99 quarto comma c. p. in maniera indiscriminata, ripristinando la formulazione originaria del codice R., sia stata ridimensionata con il prevedere solo il divieto di prevalenza delle attenuanti rispetto alle aggravanti nel giudizio di

comparazione, seguendo percorsi normativi stabiliti da particolari disposizioni di legge per specifiche fattispecie criminose in ipotesi precipue, permane una serie di dubbi di costituzionalità delle disposizioni in esame, ove la recidiva reiterata venga considerata obbligatoria pure nell' "an" ed, in ordine agli effetti della predetta recidiva in sede di bilanciamento fra circostanze, non sia considerata la necessità di un pregresso riconoscimento della stessa per applicare il predetto divieto.

In realtà, la novella del 2005 si pone in contrasto con tutti gli organici progetti di riforma del codice penale, nei quali si è pure accolta la critica di parte della dottrina agli effetti pratici determinati da un certo lassismo dalla disciplina introdotta nel 1974 cioè quella della facoltatività della recidiva e si era seguita l'istanza popolare ad una più rigorosa applicazione della pena anche in fattispecie di microcriminalità o criminalità di strada.

Infatti, nel progetto Pagliaro, nonostante la recidiva ritornasse ad essere obbligatoria, la stessa era esclusa, qualora non sussistessero presupposti fondanti "significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto", suggerendosi pure l'abolizione delle circostanze generiche e del giudizio di bilanciamento, ma richiedendosi, per converso, un miglior adeguamento dei limiti di pena e l'espressa qualificazione da parte della norma della natura circostanziale, mentre il progetto Grosso, pur prevedendo l'eliminazione delle circostanze attenuanti generiche, una tipizzazione e riduzione di quelle comuni e l'eliminazione del giudizio di comparazione fra circostanze ad effetto speciale, giacché il bilanciamento, rimaneva solo per quelle comuni, instava per una revisione del "range" delle ipotesi sanzionatorie e del quadro globale dei limiti edittali ed introduceva una recidiva obbligatoria, caratterizzata dalla limitazione ai soli reati della stessa indole e dalla temporaneità, circoscritta agli ultimi cinque anni dalla prima condanna.

Il progetto Nordio, poi, seppure con una formulazione non chiara, pur reintroducendo l'obbligatorietà della recidiva, ne riduceva i casi, eliminava quella reiterata e proponeva una riduzione dei minimi e, soprattutto, dei massimi edittali per evitare una forbice troppo ampia tra i due limiti.

Proprio questo aspetto, nel caso in cui fosse ritenuta obbligatoria la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c. p., estesa in maniera indiscriminata a tutti i delitti non colposi, contrariamente alla tesi condivisa da questo collegio, determina un'ampiezza dello spazio edittale troppo ampio, che mal si concilia con il principio di precisione della pena sancito dal secondo comma dell'art. 25 della Carta costituzionale (Corte Cost. n. 299 del 1992).

Infatti, il rispetto del principio di legalità esige che "l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individuazione della pena ... e che manifestamente non risulti correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta", giacché, altrimenti, la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario".

Detta divaricazione appare, anche, irragionevole, ove correlata con l'esclusione dalla disciplina della recidiva per i reati colposi e per le contravvenzioni, fra i quali sono compresi i c. d. omicidi bianchi, così, in caso di furto pluriaggravato la pena da comminare, ove sia contestata la recidiva reiterata aggravata, sarebbe da cinque a sedici anni e sei mesi di reclusione, mentre quella per un omicidio colposo, commesso in violazione della normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, anche nel caso in cui non venga effettuato un giudizio di prevalenza tra circostanze attenuanti e quelle aggravanti, perfettamente consentito dal comma quarto

dell'art. 69 c. p., sarebbe da uno a cinque anni, e, del tutto risibile, sarebbe la condanna per contravvenzioni ambientali ed urbanistiche, che la coscienza sociale ritiene di particolare rilievo.

È vero che detta irragionevole divaricazione discende principalmente dall'ulteriore poco comprensibile esclusione, in maniera indiscriminata dalla disciplina della recidiva per i reati colposi e contravvenzionali, ma la modifica deve essere esaminata pure nell'incidenza su altri aspetti ed in una valutazione globale delle conseguenze derivanti per rilevarne tutta la sua irrazionalità.

Peraltro, un carattere peculiare, derivante dal divieto previsto dal quarto comma dell'art. 69 c. p., si verifica nel caso in cui si ritenga configurabile un'attenuante indipendente, contraddistinta dalla previsione di una misura di pena diversa da quella ordinaria del reato base, ovvero quella c. d. ad effetto autonomo, così denominata, in quanto è prevista una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, vale a dire quelle contraddistinte dall'espressione onnicomprensiva di circostanze "ad effetto speciale", ove questo precetto non venga interpretato nel senso ritenuto corretto da questo collegio cioè ritenendo la recidiva reiterata ex art. 99 quarto comma c. p facoltativa e necessario il precedente riconoscimento di detto tipo di recidiva per produrre gli effetti ivi contemplati, qualora, pur essendo stata contestata, non si ritenga, in una valutazione dei presupposti e delle condizioni proprie di detto istituto, di applicare l'aumento di pena ivi stabilito.

Infatti, è noto che la previsione di queste attenuanti trova una sua giustificazione nel principio di offensività (sulla sua costituzionalizzazione vedi con aderenza al delitto contestato nell'impugnata sentenza le quattro sentenze della Consulta tutte sulla disciplina delle sostanze stupefacenti n. 331 del 1991, n. 133 del 1992, n. 369 del 1995 e n. 296 del 1996), giacché la fattispecie circostanziale si basa sulla capacità del fatto considerato di ridurre significativamente l'entità dell'offesa recata al bene protetto, sicché è giustificata una consistente riduzione della pena in presenza soprattutto di minimi edittali del reato base abbastanza elevati in modo da adeguare la sanzione al fatto anche in virtù dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità della pena (cfr. Corte Cost. n. 67 del 1992; n. 139 del 1989; n. 49 del 1989; nn. 273 e 409 del 1989, n. 103 del 1982; n. 329 del 1997 basate sul canone fondamentale della proporzionalità coniugato e derivato dal principio di ragionevolezza e di razionalità oppure Corte Cost. n. 168 del 1994 sulla declaratoria di incostituzionalità dell'ergastolo per i minori imputabili, concernente particolari situazioni soggettive, ovvero, riguardanti una mutata sensibilità sociale o un differente quadro normativo vedi Corte Cost. n. 313 del 1995, che concerne altre fattispecie di oltraggio dopo la famosa sentenza n. 341 del 1994 in tema di minimo edittale del delitto di cui all'art. 341 c.p., e Corte Cost. n. 314 del 1995 con riferimento al raffronto tra pene dei delitti di oltraggio e di violenza o minaccia a pubblico ufficiale).

Ed invero, " il canone della ragionevolezza deve trovare applicazione non solo all'interno dei singoli comparti normativi, ma anche con riguardo all'intero sistema" (Corte Cost. n. 84 del 1997).

Proprio in relazione alla materia degli stupefacenti ed alla vicenda esaminata dal giudice sassarese, in cui la quantità della droga rinvenuta (circa dieci grammi di eroina), le condizioni di vita degli spacciatori tossicodipendenti ed il numero dei soggetti coinvolti, il S. e la sua compagna, hanno indotto il giudicante a ritenere configurabile l'attenuante del fatto di lieve entità con motivazione diffusa, non contestata dal ricorrente, entrambi gli imputati sarebbero dovuti essere puniti con una pena detentiva della reclusione da sei a venti anni e pecuniaria

della multa da euro 26.000,00 a 260.000,00, invece di quella prevista per l'attenuante indipendente (da uno a sei anni di reclusione ed euro da 3.000,00 a 26.000,00 di multa), sicché l'irragionevolezza della previsione di una recidiva obbligatoria anche nell'ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 99 c. p. è eclatante e configge con l'ulteriore principio costituzionale della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

Il principio di eguaglianza può essere richiamato in ordine alla normativa di cui al quarto comma dell'art. 69 c. p. anche sotto un differente aspetto, giacché, secondo quanto rilevato dai primi commentatori, può determinare un appiattimento del trattamento sanzionatorio per situazioni completamente diverse, inerenti non solo alle circostanze ad effetto speciale, ma anche al concorrere o meno di più circostanze attenuanti (ex. gr. in tema di furto pluriaggravato il riconoscimento delle attenuanti comuni del danno di particolare tenuità e del risarcimento del danno o della restituzione, ritenute circostanze sintomatiche di una minore capacità criminale e l'ultima relativa alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato pregiudicato dalla condotta criminosa (Corte Cost. n. 138 del 1998), rispetto all'individuazione di un'altra attenuante da sola, giacché, in entrambi i casi, la pena detentiva minima da irrogare sarebbe di cinque anni di reclusione, ove fosse ritenuta la natura obbligatoria della recidiva di cui all'art. 99 quarto comma c. p., o di tre anni di reclusione, qualora l'altro effetto penale della recidiva facoltativa su indicata, previsto dall'art. 69 quarto comma c.p. discendesse automaticamente dalle condanne risultanti dal certificato penale e non da una dichiarazione o riconoscimento della stessa).

Non ignora il collegio che la limitazione degli effetti del bilanciamento è stata prevista già in precedenza (ex. gr. nel codice penali artt. 280 e 280 bis c. p. e nelle leggi speciali art. 7 dei d. l. n. 152 del 13 maggio 1991, convertito in legge n. 203 del 1991 ed art. 12 commi 3 ter e 3 quater d. l. n. 286 del 1998 come modificato dalla legge n. 189 del 2002) ed ha superato il vaglio di legittimità costituzionale, a volte attraverso l'indicazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata (Corte cost. sent. n. 35 del 1985 in riferimento all'art. 1 terzo comma d. l. n. 625 del 1979, convertito in legge n. 15 del 1980) oppure tramite la differente qualificazione giuridica del fatto, cui era attribuita natura circostanziale (Corte Cost. sent. n. 194 del 1985 in relazione all'art. 280 c. p.), ma si tratta sempre di specifici delitti connotati da un particolare allarme sociale e non di una indifferenziata categoria di reati, sia pure delimitati dall'essere delitti dolosi.

Tale percorso argomentativo, specifico per singoli reati o particolari istituti, del resto, è seguito dal giudice di legittimità delle leggi nello scrutinio di varie norme che precludono l'applicazione di benefici a causa della recidiva "plurima" (cfr. Corte Cost. n. 133 del 1980 in tema di sospensione condizionale della pena limitata a due condanne, purché non superiori ad anni due di pena detentiva, rispetto all'ipotesi in cui detto limite sanzionatorio non sia superato con altre condanne e Corte Cost. n. 421 del 2004, concernente la preclusione del c. d. patteggiamento allargato per i recidivi reiterati ai sensi del quarto comma dell'art. 99), nelle quali si fa riferimento all'ampliamento dell'ambito di operatività del beneficio ed alla previsione di particolari esclusioni per bilanciare detta apertura in maniera non manifestamente irragionevole, in quanto i soggetti cui sia stata contestata la recidiva su indicata "hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e ... sono imputati di reati che ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento rivestono non trascurabile gravità". Con specifica attinenza alla disciplina della recidiva, poi, "la particolare disciplina vincolante ... in materia di contrabbando ex art. 296 d. P. R. 23 gennaio 1973 n. 43... con l'inflizione obbligatoria della reclusione fino ad un anno in aggiunta alla pena pecuniaria, nel caso di recidiva primaria, e l'aumento dalla metà a due terzi di tale pena aggiuntiva per il caso di recidiva reiterata, non costituisce una

ingiustificata diversità di trattamento rispetto alla nuova disciplina (del 1974) .. dell'art. 99 c. p."perché" il reato di contrabbando doganale .. presenta indubbiamente particolari caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi dello Stato creando situazioni di possibile pericolo e pubblico allarme" (Corte Cost. n. 5 del 1977).

Il richiamo a delicati problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative, è stato varie volte esaminato dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 438 del 2001 e n. 207 del 1999 fra tante), evidenziandosi, pure, che a prescindere dal rispetto di altri parametri, la norma deve anzitutto essere conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza (Corte Cost. n. 78 del 2005), a parere del collegio da ritenersi superati, ove la recidiva ex art. 99 quarto comma c. p., nella nuova formulazione prevista dalla legge n. 251 del 2005, dovesse essere ritenuta obbligatoria pure nell'"an", oltre ad essere determinata in misura fissa, e gli altri effetti penali collegati alla medesima prescindessero da un effettivo riconoscimento effettuato dal giudice di cognizione con una precedente pronuncia.

Del resto, la stessa Consulta con riguardo al giudizio di comparazione tra circostanze ha affermato che "nell'art. 69 cod. pen. l'obbligatorietà del giudizio di bilanciamento ha una sua razionalità nell'essenza stessa di quella valutazione, che è giudizio di valore globale del fatto e non numerico delle circostanze contrapposte e concorrenti. All'interno dell'obbligatorio giudizio il magistrato ha un amplissimo potere discrezionale,.. (sicché) è libero di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la "quantitas delicti", oppure soltanto di quelle che la diminuiscono. Ma, una volta rotto questo perfetto equilibrio valutativo, che implica un globale giudizio sia sul fatto di reato che sulla personalità del suo autore, e privato il giudice... del potere di esprimere, ai fini della pena, un giudizio omogeneo e complessivo su tutta la vicenda soggettiva ed oggettiva dell'illecito, tenere ferma tuttavia unilateralmente quell'obbligatorietà, determinerebbe effettivamente una situazione del tutto irrazionale (Corte Cost. n. 38 del 1985).

Per tale ragione, nel sostenere un'interpretazione costituzionalmente adeguata, la Consulta ha ritenuto che, in quell'occasione (art. 1 terzo comma d. l. n. 625 del 1979, convertito in legge n. 15 del 1980), il giudizio di prevalenza delle circostanze aggravanti non fosse vincolato, ove il giudice avesse ritenuto di applicare ex art. 63 c. p. distintamente e successivamente le variazioni di pena determinate da tutte le circostanze concorrenti.

La Corte costituzionale, nella su riferita decisione, ha accolto la tesi della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza costante, secondo cui l'art. 69 c. p. si riferisce al piano di individuazione della pena in una valutazione globale dei vari aspetti della fattispecie e degli elementi significativi inerenti all'imputato, disattendendo l'altra tesi dottrinale, secondo cui questa disposizione concernerebbe la ridefinizione dei minimi edittali, ponendosi in un passaggio intermedio fra la fase di commisurazione legale della pena e quella finale, affidata al giudice, di "personalizzazione della pena" sicché, in tal modo, ha potuto valutare i parametri degli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Questa funzione del giudizio di bilanciamento esclude rilevanza alle osservazioni di alcuni autori circa la difficoltà di rinvenire nella nuova disciplina del quarto comma dell'art. 9 c. p. una violazione dell'art. 3 Cost., poiché la posizione del recidivo può essere diversa da quella del delinquente primario, sicché essa sarebbe espressione della discrezionalità legislativa ( Corte Cost. ord. n. 49 del, 2002), pienamente razionale in presenza di situazioni non riconducibili ad identità sostanziale (cfr. fra tante Corte Cost. n. 284 del 1986) senza considerare che si è in

presenza di una predeterminazione generalizzata e di un uniforme trattamento di situazioni differenziate, costituenti il “tertium comprationis” richiesto, dal giudice della legittimità delle leggi, in molte questioni di legittimità costituzionale, fondate sulla violazione dell’art. 3 della Costituzione nei termini della ragionevolezza e della razionalità, e senza valutare come la violazione di detto principio possa discendere dalla carenza di criteri di intrinseca ragionevolezza.

Peraltro, anche a voler seguire la non condivisibile tesi dottrinale su richiamata, che comporterebbe la difficoltà di ritenere configurabile una violazione dell’art. 3 Cost. sotto l’aspetto della ragionevolezza e della razionalità della disciplina di cui ai comini quarto degli art. 69 e 99 c. p., sussisterebbe sempre un ulteriore profilo di dubbio di costituzionalità con riferimento all’art. 27 Cost.. Ed invero, l’aggravamento sanzionatorio riservato al recidivo reiterato, senza che detta situazione abbia un effettivo fondamento sostanziale, apprezzato dal giudice in termini di maggiore colpevolezza individuale del reo o di una sua maggiore pericolosità, sicché, invece, è assunto in base ad un rilievo automatico ed obbligatorio e considerato in virtù della mera contestazione senza alcun accertamento da parte del giudice ai fini del dispiegamento degli effetti indicati nel giudizio di comparazione, incide sul principio della funzione rieducativa della pena.

Una simile conclusione sembra potersi trarre, pur nei limiti della specifica questione esaminata (quella relativa ai permessi premio), incidente sulla fase esecutiva della pena, da alcune affermazioni della Corte Costituzionale contenute in una recente sentenza (n. 257 dei 2006), con le quali si sottolinea che l’aggravamento del sistema sanzionatorio, riservato al recidivo specifico, e la scelta general preventiva, emergente dalla legge n. 251 del 2005, sembrano obliterare l’iter di risocializzazione, che deve presiedere all’applicazione e determinazione della pena.

Infatti, “accomunando fra loro le posizioni dei recidivi reiterati - senza alcuna valutazione della “qualità” dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne ed altri possibili parametri “individualizzanti” - l’opzione repressiva finisce per relegare nell’ombra il fine rieducativo”, sicché, sebbene si tratti di benefici penitenziari, può condividersi l’affermazione generale, secondo cui la nuova disciplina comporta una brusca interruzione delle finalità della pena “al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti” in assenza di un adeguamento della pena all’effettiva personalità del reo.

Pertanto, poiché la ricostruzione del dato normativo proposta dal ricorrente non solo non è l’unica plausibile, ma è anche quella meno condivisibile per le ragioni già illustrate ed in considerazione dei validi dubbi di legittimità costituzionale derivanti da un’analisi esegetica di tal fatta, dovendosi sempre ricercare un’interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata di una disposizione prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, la motivazione dell’impugnata sentenza è esente da vizi logici e giuridici, nonostante le imprecisioni già riscontrate (divieto di effettuare il giudizio di prevalenza fra circostanze attenuanti ed aggravanti, ove venga contestata un’altra aggravante, oltre alla recidiva reiterata), che vanno rettificare, in quanto non hanno comportato alcuna effettiva incidenza sul dispositivo, sicché il ricorso deve essere rigettato.

Ed invero, il ricorrente si limita a proporre l’ermeneusi dell’art. 69 quarto comma c. p. come effetto automatico della contestata recidiva e ritiene obbligatoria quella reiterata di cui al quarto comma dell’art. 99 c. p. senza porre in risalto l’esistenza di una pregressa dichiarazione di recidiva reiterata da parte del giudice e l’insussistenza delle condizioni per applicare

l'attenuante ad effetto speciale, la cui configurabilità, in assenza di contestazioni sul punto, deve considerarsi pacifica.

Inoltre, per converso, il giudice sassarese sostiene la facoltatività della recidiva reiterata in esame, valuta in maniera approfondita e coerente le condizioni per applicare l'attenuante di cui al quinto comma dell'art. 73 d. P. R. n. 309 del 1990, considera la nuova normativa in sede esecutiva e penitenziaria stabilita dalla legge n. 49 del 2006 per negarne la incidenza nella fattispecie, esclude l'aumento di pena derivante dalla contestata recidiva reiterata e la commissione di delitti compresi nell'elencazione stabilita dall'art. 407 secondo comma lett. a) c. p. p., e, infine, illustra le conseguenze derivanti dall'automatica ed obbligatoria applicazione.

Perciò, l'impugnata sentenza appare motivata in maniera adeguata ed è in linea con quanto sottolineato da un noto costituzionalista, secondo cui “una politica di diritto penale in uno Stato di democrazia costituzionale deve preoccuparsi tanto di promuovere quanto di reprimere, secondo un corretto bilanciamento. Perché c'è un principio di solidarietà, di eguaglianza, di giustizia sociale, di libertà, sui quali si fonda lo Stato costituzionale e senza i quali non avrebbe motivo di esserci”. Non è questione di garantismo (pur importante n. d. e.), ma di costituzionalismo (si veda quanto prescrive la Costituzione italiana all'articolo 27 terzo comma”.

*P.Q.M.*

Rigetta il ricorso.